Münster.1933.№8 Jur. Diss.

Die Beanstandung von Beschlüssen kommunaler Körperschaften wegen Rechtswidrigkeit im preussischen Kommunalrecht

unter Berücksichtigung des Referentenentwurfes eines Gesetzes über die kommunale Selbstverwaltung sowie einer vergleichsweisen Darstellung des Rechtszustandes in Bayern, Sachsen und Württemberg.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Referendar **Arthur Müller**
aus Bocholt i. W.

Gedruckt in der Verlags-Anstalt Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1933

Die Beanstandung von Beschlüssen kommunaler Körperschaften wegen Rechtswidrigkeit im preussischen Kommunalrecht

unter Berücksichtigung des Referentenentwurfes eines Gesetzes über die kommunale Selbstverwaltung sowie einer vergleichsweisen Darstellung des Rechtszustandes in Bayern, Sachsen und Württemberg.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Referendar **Arthur Müller**

aus Bocholt i. W.

Gedruckt in der Verlags-Anstalt Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1933

Referent: Herr Professor Dr. Neuwiem
Korreferent: Herr Professor Dr. Bühler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner Mutter
sowie dem Andenken meines Vaters

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547410_0150

Jnhaltsverzeichnis.

Einleitung.

1. Kapitel. Selbstverwaltung und Staatsaufsicht.

§ 1. Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff.
§ 2. Die Staatsaufsicht.

2. Kapitel. Die Beanstandung im preußischen Kommunalrecht.

§ 1. Die historische Entwicklung.
§ 2. Die Beanstandung nach geltendem preußischen Recht.

I. Die gesetzlichen Bestimmungen.
II. Die materiellen Voraussetzungen der Beanstandung.

1. Die allgemeinen Voraussetzungen.
2. Die besonderen Voraussetzungen.
3. Der Ausschluß der Beanstandung in besonderen Fällen.

III. Die formelle Durchführung der Beanstandung.

1. Die Beanstandungsverfügung.
2. Der Rechtsweg gegen die Beanstandungsverfügung.

§ 3. Die Beanstandung de lege ferenda.

3. Kapitel. Die Einflußmöglichkeit der Aufsichtsbehörde bei rechtswidrigen Beschlüssen kommunaler Körperschaften in Bayern, Sachsen und Württemberg.

1. Bayern.
2. Sachsen.
3. Württemberg.

Literaturverzeichnis.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches. 3. Bearb. Berlin 1930.

v. Bitter: Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, 1. Bd., Berlin u. Leipzig 1928.

v. Brauchitsch: Verwaltungsgesetze für Preußen, neu herausgegeben von Drews und Lassar. Bd. I, 24. Aufl. Berlin 1930. Bd. VII. 19. Aufl. Berlin 1930.

Bleek-Loschelder: Die Landgemeindeordnung f. d. östl. Provinzen. Eberswalde 1932.

Blodig: Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff. Wien u. Leipzig 1894.

Bornhak: Preußisches Staatsrecht, II. Bd. Freiburg 1889.

Bühler: Die subjektiv öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung. Berlin—Stuttgart—Leipzig 1914.

Bühler: Die Selbstverwaltungskörper in Handb. d. deutsch. Staatsrechts Bd. I, § 60, Tübingen 1930.

Bühler: Die Finanzlage der Ruhrgebietsstädte II. Folgerungen: Was kann und muß geschehen, Jena 1933.

Eberhardt: Handkommentar zur Württembergischen Gemeindeordnung vom 19. III. 1930. Stuttgart.

Erler: Die verwaltungspolitischen Ideen der 1848er Bewegung, ihre Grundlagen und Auswirkungen unter besonderer Berücksichtigung der preuß. Gesetze von 1850. Diss. Münster 1928.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl. Tübingen 1928.

Friedrichs: Das Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883. Berlin 1904.

Friedrichs: Verwaltungsrechtspflege. III. Bd. Berlin 1920.

Friedrichs: Gemeindeaufsicht im Verwaltungsarchiv Bd. 30. S. 74.

Gierke: Deutsches Privatrecht. I. Bd. Leipzig 1885.

Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.

Gierke: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft. Berlin 1868.

Gierke: Die preußische Städteordnung von 1808. u. ihre Rechtsnachfolgerin in Jahrbuch des Bodenrechts Bd. 7, S. 43. Jena 1911.

v. Gneist: Der Rechtsstaat Berlin 1872.

Gluth: Die Lehre von der Selbstverwaltung. Wien 1887.

v. Grumkow: Die Geschichte der Kommunalaufsicht in Preußen. Berlin 1921.

Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts 7.—8. Aufl. Leipzig 1931.

Hatschek: Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung. Leipzig 1901.
Hänel: Deutsches Staatsrecht, I. Bd. Leipzig 1892.
Helfritz: Vertretung der Städte und Landgemeinden nach außen in dem Gemeinderecht der östl. Provinzen. Berlin 1916.
Helfritz: Grundriß des preuß. Kommunalrechts. 3. Aufl. Berlin 1931. 2. Aufl. 1920.
Helmreich-Rock: Handausgabe der bayerischen Gemeindeordnung. 2. Aufl. Berlin 1929.
Holstein: Der Selbstverwaltungsschutz der Verfassungen und die Greifswalder Universitätsgüterverwaltung im „Stiftungsvermögen und Selbstverwaltungsrecht der Universität Greifswald", Greifswald 1925.
Huber: Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat, Tübingen 1931.
Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts. Bd. II, 1/2. Aufl. Mannheim 1930.
Jaeger-Apelt: Sächsische Landesgesetze. 2. Aufl. Leipzig 1925.
Jebens: Die Stadtverordneten. Berlin 1905.
Jebens: Die Beanstandung von Beschlüssen kommunaler Selbstverwaltungsorgane im Preuß. Verw.Bl. 17/490. id. mit Jebens, Verwaltungsrechtl. Aufsätze, S. 1—27. Berlin 1899.
Jellinek, G.: Allgemeine Staatslehre. 3. Aufl. von W. Jellinek. Berlin 1922.
Jellinek, G.: System der subjektiven öffentlichen Rechte. Freiburg 1892.
Jellinek, W.: Verwaltungsrecht. 3. Aufl. Berlin 1931.
Köttgen: Die Krise der kommunalen Selbstverwaltung. Tübingen 1931.
Kormann: Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts in Annal. d. dtsch. Reichs. 1911. S. 880 ff,
Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910.
Kormann: Die kirchenrechtlichen Veräußerungsbeschränkungen beim kath. Kirchengut und das bürgerl. Recht. Stuttgart 1907.
Küchle: Württembergische Gemeindeordnung. vom 19. III. 1930. Stuttgart 1930.
Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Bd. I 5. Aufl. Tübingen 1911.
Laforet: Zur Frage der Staatsaufsicht nach neuem bayerischen Gemeinderecht. in Festschr. z. Feier des 50-jährigen Bestehens des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, S. 141 ff, München—Berlin 1929.
Leidig: Preuß. Stadtrecht. 1891.
Loening: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1894.
Loschelder: Kommentar der Städteordnung für die östl. Provinzen vom 30. V. 1853. Eberswalde 1931.
v. Mangoldt: Das Aufsichtsrecht des Staates über die Kommunalverbände. Göttinger Diss, 1913.

Maull: Die Staatsaufsicht über Gemeinden und Gemeindeverbände in Preußen. Berlin 1932.
Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht. II. Bd. 3. Aufl. München—Leipzig 1924.
Neuwiem: Die kommunalen Zweckverbände in Preußen. Leipzig 1919.
Oertel-Oehler: Die Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen der preuß. Monarchie vom 30. Mai 1853. 7. Aufl. Liegnitz 1931.
Pernice: Die Zwangsetatisierung im preuß. Verwaltungsrecht. Diss. Münster 1932.
Peters: Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung. Berlin 1926.
Peters: Der allgemeine Teil des Entwurfes eines preuß. Selbstverwaltungsgesetzes im Verw. Arch. Bd. 35. S. 321 ff.
Polity-Schneider: Grundriß des Verwaltungsrechts. 4./5. Aufl. Leipzig 1930.
Preuß: Das städtische Amtsrecht in Preußen. Berlin 1902.
Preuß: Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Berlin 1889.
Preuß: Staatsaufsicht im Handwörterbuch der Kommunalwissenschaft Bd. III. Jena 1924.
Rosin: Das Recht der öffentlichen Genossenschaften, Freiburg 1886.
Rosin: Souvärenität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung in Annal. d. Dtsch. Reiches, 1883, S. 263 ff.
Referentenentwurf eines Gesetzes über die kommunale Selbstverwaltung. 2. Aufl. Berlin 1931.
Schmitt: Verfassungslehre. München—Leipzig 1928.
Schmitt-Oldenbreit: Die Verfassung der rheinisch-westf. Landgemeinden und Aemter. 4. Aufl. Münster 1931.
Schmieder: Das Recht der Kommunalaufsicht. Preuß. Verw. Bl. 25/485.
Schoen: Das Recht der Kommunalverbände in Preußen, Leipzig 1897.
Schoen: Verwaltungsrecht. Allgemeine Lehren und Organisation. in Holtzendorffs-Kohler Enzyklopädie d. Rechtsw. IV. Bd. S. 193 ff. Berlin 1914.
Schultze: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. I. Bd. Leipzig 1881.
Seger: Die Kreisordnungen für die Ostprovinzen Ostpreußen, pp. nach dem Stande der Gesetzgebung vom 1. August 1929. Berlin 1930.
Stier-Somlo: Handbuch des kommunalen Verfassungsrechts in Preußen. 2. Aufl. Mannheim—Berlin—Leipzig 1928.
Stier-Somlo: Selbstverwaltung und Staatsaufsicht. in Handwörterbuch d. Rechtsw. Bd. V, Berlin u. Leipzig 1927.
Streit: Die Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen. 3. Aufl. Leipzig 1928.
Triepel: Die Reichsaufsicht, Berlin 1917.

Troitzsch: Die Staatsaufsicht über die Gemeinden und Gemeindeverbände. nach der Sächs. Gemeindeordnung. in RuPrVBl. 49/905.
Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 2, Berlin u. Leipzig 1925. (Die neueste Entwicklung d. Gemeindeverfassungsrechts).
Woerner: Kommentar z. bayerischen Gemeindeordnung München 1931.
Zehrfeld: Die Novelle zur sächs. Gemeindeordnung in RuPr. VBl. 47/174 ff, 186 ff.

Entscheidungen des preuß. Oberverwaltungsgerichts im amtl. Auftrage herausgegeb. v. Mitgliedern des Gerichtshofes (zit. OVG.).
Archiv für öffentliches Recht. begründ. von Laband und Stork.
Preußisches Verwaltungsblatt, Wochenschrift für Verwaltung u. Verwaltungsrechtspflege in Preußen seit 1929 Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt (zit. RuPrVBl.).
Verwaltungsarchiv Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Abkürzungen.

Art.	= Artikel.
Bez.O.	= Bezirksordnung.
Entw.	= Referentenentwurf.
GS. S.	= Preuß. Gesetzsammlung, Seite.
GO.	= Gemeindeordnung.
KBG.	= Kommunalbeamtengesetz vom 30. VII. 1899.
KrO.	= Kreisordnung.
LVG.	= Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. VII. 1883.
ö.	= für die 6 östlichen Provinzen.
Prov.Ord.	= Provinzialordnung.
PVG.	= Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. VI. 1931.
RV.	= Reichsverfassung.
StO.	= Städteordnung.
Zust.Ges.	= Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1. VIII. 1883.

EINLEITUNG.

Das kommunale Selbstverwaltungsrecht ist bis heute zum größten Teil Landesrecht. Infolge dieser Tatsache ist das Bild des Selbstverwaltungsrechts in Deutschland gekennzeichnet durch eine Fülle von Gesetzen und Bestimmungen, die klar zu übersehen noch dadurch erschwert wird, daß innerhalb der einzelnen Länder insbesondere in Preußen eine zusammenfassende Regelung des Selbstverwaltungsrechts fehlt. So sind allein für die Städte und Landgemeinden noch 41 Gesetze in Deutschland in Geltung.[1]) Angesichts dieses unbefriedigenden Rechtszustandes erscheinen die Bestrebungen zu einer Vereinheitlichung des Selbstverwaltungsrechts verständlich. So hat der deutsche Städtetag bereits im Jahre 1930 den zweiten Entwurf einer Reichsstädteordnung zur Diskussion gestellt,[2]) der sogar als Gesetzesentwurf beim Reichstag eingebracht ist.[3]) Mag auch auf der einen Seite die völlig einheitliche Regelung des kommunalen Rechts von Reichs wegen nicht wünschenswert erscheinen, weil die in der „Verreichlichung" liegende zentralistische Tendenz eine Gefahr für die Selbstverwaltung überhaupt bedeutet,[4]) so ist auf der anderen Seite zum mindesten eine Vereinheitlichung des kommunalen Rechts innerhalb der Länder anzustreben. Ein umfassender Versuch ist hierzu in Preußen durch den Referentenentwurf eines Gesetzes über die kommunale Selbstverwaltung gemacht worden.[5]) Für eine erschöpfende Regelung, wie sie in neuerer Zeit, insbesondere in der Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen vom 1. August 1923 — 15. Juni 1925, der bayerischen Gemeinde, Bezirks- und Kreisordnung vom 17. Oktober 1927, der Gemeindeordnung für Württemberg vom 19. März 1930 und der Gemeinde- und Kreisordnung für Thüringen vom 8. Juli 1926 — 22. Juli 1930 versucht wurde, ist eine Herausschälung der wichtigsten das gesamte Kommunalrecht beherrschenden Grundsätze deswegen geboten, weil auf diesem Wege schließlich eine Vereinheitlichung des gesamten deutschen Kommunalrechts erzielt werden kann.

Die vorliegende Arbeit soll unter besonderer Behandlung des Rechtszustandes in Preußen in vergleichender Darstellung die Voraussetzungen darstellen, unter denen die Aufsichtsbehörde berechtigt ist, gegen rechtswidrige Beschlüsse der kommunalen Vertretungskörperschaften einzuschreiten. Die Arbeit behandelt also einen Teilausschnitt aus dem Gebiete der Staatsaufsicht. Diese ist der notwendige Ergänzungsbegriff zum Begriff der Selbstverwaltung und kann nur von dieser aus verstanden werden. Daher soll zunächst der theoretische Begriff der Selbstverwaltung geklärt werden.

---

[1]) Zusammengestellt bei W. Jellinek S. 71.

[2]) Heft 11 der Schriftenreihe des deutschen Städtetages.

[3]) Reichstagsdrucksachen 1930 Nr. 1896.

[4]) So Stier-Somlo in Heft 2 der Veröffentlichungen der deutschen Staatsrechtslehrer S. 174—175.

[5]) 2. Aufl. Berlin; hierzu Peters-Kitz-Hettlage in Verw.Arch. Bd. 35, S. 323 ff.

I. Kapitel.

Selbstverwaltung und Staatsaufsicht.

§ 1.

Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff.

Art. 127 R.V. sichert den Gemeinden und Gemeindeverbänden das Recht der Selbstverwaltung. Dieselbe Bestimmung befindet sich in den Verfassungen der Länder.[1]) So bedeutungsvoll auch die Verankerung des Grundsatzes der Selbstverwaltung in der Verfassung sein mag, weil dadurch auch dem Gesetzgeber bei deren völliger Abschaffung Schranken auferlegt sind,[2]) so ergibt doch die Verfassungsbestimmung keinen Aufschluß über den Begriff und das Wesen der Selbstverwaltung. Nur bei einer klaren Vorstellung über deren Natur sind aber die rechtlichen Beziehungen zwischen Staat und Selbstverwaltungskörpern verständlich.[3])

Der juristische Begriff der Selbstverwaltung ist nur von den politischen und soziologischen Grundlagen, deren rechtliche Meisterung Aufgabe des Rechts ist, aus verständlich. Die Untersuchung der politischen Voraussetzungen der Selbstverwaltung[4]) erscheint deswegen umso mehr erforderlich, weil gerade hier die Angriffspunkte für deren eigentliche Krise liegen.

Die kommunale Selbstverwaltung, die mit der Steinschen Städteordnung vom 17. November 1808 ihren Einzug in Preußen hielt, war aufgebaut auf der Grundlage eines bürgerlichen Agrarstaates. Das Leben des Einzelnen spielte sich noch im Wesentlichen im engen Rahmen der Gemeinde ab. Gegenüber der Fülle des öffentlichen Lebens, das sich dem Einzelnen in dem engen gemeindlichen Verbande darbot, mußte die Staatsgewalt schon wegen der räumlich weiten Entfernung ihrer Zentrale für den Bürger immer etwas Fremdes und Unpersönliches bedeuten. Sinn der Selbstverwaltung war es, die im genossenschaftlichen Verbande ruhenden Kräfte durch Eingliederung in den Organismus des Staatsganzen dem staatlichen Leben zunutze zu machen und gleichzeitig eine Belebung des Gemeinschaftsgeistes durch die Teilnahme des Volkes am öffentlichen Leben herbeizuführen. Mit der Einführung der Selbst-

---

[1]) u. a. Art. 70 Preuß.Verf.; § 22 Bay.Verf.; § 20 Bad. Verf.; Art. 44 Braunschweig.Verf.; Art. 71 Brem.Verf.; Art. 68 Hamburg.Verf.; Art. 40 Lipp.Verf.; § 64 Meckl.Schwer.Verf.; § 40 Meckl.Strel.Verf.; § 31 Oldenb.Verf.

[2]) Anschütz, S. 511; C. Schmitt, S. 170. Von der durch das Reichsgesetz zum Schutz von Volk und Staat vom 24. III. 1933 (R.G.Bl. I, S. 141) geschaffenen besonderen Situation wird hierbei abgesehen.

[3]) Stier-Somlo, Staatsaufsicht in HWRW V.

[4]) Ueber die Berechtigung der üblichen Unterscheidung in Selbstverwaltung im politischen und juristischen Sinne, die auf Rudolf von Gneist zurückgeht und insbesondere von Rosin in Annalen 1883 S. 319 scharf hervorgehoben ist, siehe S. 14 dieser Arbeit.

verwaltung trug Stein also der einfachen Tatsache Rechnung, daß insbesondere in der deutschen Geschichte das öffentliche Leben seinen Antrieb weniger von einer zentralen Staatsgewalt, die sich bis in die kleinsten Bezirke des Staates erstreckte, erfahren hatte, als eben aus der Fülle der im genossenschaftlichen Verbande vorhandenen Kräfte immer neues Leben geschöpft hatte. Die Einführung der Selbstverwaltung wollte also sowohl das genossenschaftliche wie das staatliche Interesse in gleicher Weise befriedigen.

Auf diese typisch deutsche Genossenschaftsidee als Grundlage des Gedankens der Selbstverwaltung, wie sie besonders von Gierke nach ihm Preuß[5]) betont haben, hat neuerdings Köttgen[6]) mit Recht erneut hingewiesen. Denn der heutige Rechtszustand und die Wirklichkeit des kommunalen Lebens läßt die Lebendigkeit des Gemeinschaftsgedankens kaum mehr erkennen. Das Gefühl gemeinsamer Lebensinteressen und genossenschaftlicher Zusammengehörigkeit ist infolge der wirtschaftlichen Gesamtsituation und der oft zufälligen Zugehörigkeit weiter Gebiete zu derselben Kommune fast völlig verschwunden. Damit droht die historisch und gesellschaftlich wesentlichste Voraussetzung der kommunalen Selbstverwaltung zu entfallen. Daß man aber das Problem der Selbstverwaltung nicht lediglich im Organisatorischen, etwa im Sinne eines Ausgleichs zwischen Zentralisation und Dezentralisation erschöpft sehen darf, dürfte durch die geschichtliche Entwicklung der deutschen Städte genügend erwiesen sein. Man wird daher mit Köttgen[7]) in der Wiederbelebung gerade der genossenschaftlichen Kräfte die erste Voraussetzung für eine Beibehaltung und Gesundung der kommunalen Selbstverwaltung sehen.

Das müssen auch diejenigen anerkennen, die vor allen Dingen in der Aenderung der Staatsform ein wesentliches Moment für die heutige Krise der Selbstverwaltung sehen. In der Monarchie hatte allerdings die genossenschaftliche Selbstverwaltung auch die Bedeutung, einen wirksamen Gegenpol zu der zentralisierenden und uniformierenden Staatsverwaltung zu bilden. Es ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich, eine erschöpfende Stellung zu der das Staatsrecht betreffenden Frage zu nehmen, ob innerhalb einer absoluten Demokratie die Selbstverwaltung ihre Existenzberechtigung verloren hat,[8]) jedenfalls kann man mit Peters,[9]) der übrigens die obige Frage bejaht, nur annehmen, daß eine so konsequent durchgeführte Demokratie garnicht im Sinne der Verfassung liegt und der Gedanke der Selbstverwaltung daher auch im heutigen Staatssystem unbedingte Geltung beanspruchen kann.

Aus den vorstehenden Erörterungen läßt sich leicht der juristische Begriff der kommunalen Selbstverwaltung gewinnen. Dabei muß der Begriff der Verwaltung im Rechtssinne als bekannt vorausgesetzt werden. Verwaltung ist eine der drei Erscheinungsformen staatlicher Machtfülle und läßt sich mit der herrschenden Lehre

---

[5]) Gierke, Jahrb. d. Bodenrechts 1911, S. 194; Preuß. Amtsrecht, S. 122.

[6]) Krise der kommunalen Selbstverwaltung, S. 10 ff., 24.

[7]) Köttgen a.a.O.

[8]) Köttgen a.a.O. S. 7 und die dort aufgeführte Literatur; Stier-Somlo, Veröffentl. S. 128 Heft 2.

[9]) Peters, Grenzen . . . S. 43; Holstein, Der Selbstverwaltungsschutz der Verfassungen . . . S. 37. Auch das Staatsrecht des neuen Deutschland wird und muß die kommunale Selbstverwaltung erhalten.

als die Tätigkeit des Staates hoheitlicher Art außerhalb von Gesetzgebung und Rechtsprechung definieren. Verwaltet werden nun nicht Menschen, sondern tatsächliche Lebensgebiete dieser Menschen. Schon das Wort Selbstverwaltung deutet darauf hin, daß derjenige, dessen Angelegenheiten verwaltet werden sollen, an deren Verwaltung irgendwie beteiligt ist. Es muß also eine Beziehung, ja vielleicht ein Gegensatz zwischen Staatsverwaltung und Selbstverwaltung bestehen. Grundsätzlich ist der Staat allein berechtigt und verpflichtet, alle Aufgaben, die in seinen Zuständigkeitsbereich fallen, selbst zu verwalten. Er allein ist Träger der mit dem Verwaltungsrecht verbundenen Befugnis, hoheitliche Funktionen auszuüben. Aus dem Worte Selbstverwaltung ergibt sich demnach, daß der Staat dieses ihm allein zustehende Verwaltungsrecht zu Gunsten gerade des Rechtssubjekts, dessen Angelegenheiten verwaltet werden sollen, begrenzt. Wenn nun der Staat die lokalen genossenschaftlichen Verbände der staatlichen Verwaltung nutzbar machen will, muß er ihnen die Verwaltung der staatlichen Angelegenheiten innerhalb des lokalen Gebildes zur eigenen verantwortlichen Erledigung übertragen. Das ist aber juristisch nur dadurch möglich, daß der Staat diese Gebilde mit Rechtspersönlichkeit ausstattet und den so geschaffenen Körperschaften des öffentlichen Rechts die eigene Erledigung der Verwaltungsaufgaben, die er sonst selbst durchgeführt hätte, überträgt. Zu dem Begriff der Selbstverwaltung im juristischen Sinne gehört demnach eine vom Staat verschiedene Rechtspersönlichkeit, der das Recht zusteht, im eigenen Namen öffentliche Verwaltung auszuüben.[10])

Diese Feststellung ermöglicht es, aus dem Begriff der Selbstverwaltung im juristischen Sinne das auszuscheiden, was insbesondere infolge der Schriften von von Gneist heute allgemein unter Selbstverwaltung im politischen Sinne verstanden wird. Nach von Gneist, der stark vom englischen Recht beeinflußt ist, ist unter Selbstverwaltung zu verstehen: „Die Verwaltung der Kreise und Ortsgemeinden nach den Gesetzen des Landes durch Ehrenämter der höheren und mittleren Stände mittels Kommunalgrundsteuern."[11]) Die ganzen Schriften von von Geist hatten eine wesentliche politische Tendenz, hinter der die eigentliche juristische Konstruktion in den Hintergrund trat und zielten darauf ab, alle Bürger in möglichst weitgehendem Maße zum Dienst an der Allgemeinheit heranzuziehen.[12]) Der Gegensatz von Kommunalverwaltung und unmittelbarer Staatsverwaltung ist daher für von Gneist nicht von grundsätzlicher Bedeutung, da es ihm gleichgültig erscheint, in welchem Zweige der öffentlichen Verwaltung der Bürger zu einem Ehrenamt herangezogen wird.

Wenn man allerdings unter dem Begriff der Selbstverwaltung im weitesten Sinne die Beteiligung der Untertanen an der Verwaltung

---

[10]) Zu der Streitfrage, ob eine Selbstbeschränkung des Staates zu Gunsten einer einzelnen Person d. h. nichtkörperschaftliche Selbstverwaltung dem geltenden Recht bekannt ist, vgl. Schoen, Enzyklopädie Bd. IV, S. 203; Schoen, Kommunalverbände S. 6; G. Jellinek, Allgem. Staatslehre S. 642; W. Jellinek S. 529; O. Mayer Bd. II S. 370 ff.; Peters, Grenzen S. 20.

[11]) von Gneist, Geschichte und Gehalt der heutigen Kommunalverfassung und Selfgovernment, Bd. II, S. 1211. Eine Zusammenstellung der Schriften von Gneist findet sich bei Schoen, Kommunalverbände, S. 1, vgl. auch Loening S. 34 ff.

[12]) Rosin, Annal. S. 305; Schoen, Kommunalverbände, S. 3.

in irgend einer Form faßt, kann man einen Unterschied zwischen dem juristischen und politischen Begriff der Selbstverwaltung nicht anerkennen. In diesem Sinne hat auch Bühler[13]) Recht, wenn er der herrschenden Unterscheidung die Berechtigung abspricht. Denn auch bei der Selbstverwaltung im Sinne des Selfgovernment hat die politische Idee der Beteiligung der Untertanen an der Verwaltung dadurch juristische Form gewonnen, daß dieser durch seine Bestellung als Ehrenbeamter in ein besonderes öffentlich-rechtliches Pflichtverhältnis gezogen worden ist. Trotzdem also auch hier die politische Idee juristischen Niederschlag gefunden hat, darf diese formale Gleichheit doch nicht die scharfe Trennungslinie zu der Selbstverwaltung im eigentlich juristischen Sinne verwischen, da die rechtliche Form eine völlig andere ist. Während erstere immer Staatsverwaltung bleibt oder doch wenigstens der Unterschied zwischen unmittelbarer Staatsverwaltung und kommunaler Selbstverwaltung unerheblich erscheint, ist es gerade typisches Merkmal der Selbstverwaltung im juristischen Sinne, daß bestimmte Aufgaben aus der rein staatlichen Verwaltung ausscheiden und besonderen dem Staate eingegliederten Körperschaften übertragen werden. Wenn man schon aus dem Worte Verwaltung schließen kann, daß jede Art von Rechtsetzung[14]) und Rechtsprechung nicht wesentlich zum Begriff der Verwaltung gehört, so wird man die Selbstverwaltung mit Peters[15]) definieren können als „eine sich im Rahmen der Reichs- und Staatsgesetze abspielende Tätigkeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts — außer von Reich und Staat — kraft deren diese Verbände Aufgaben, welche weder solche der Rechtsprechung noch der Rechtsetzung sind, unter eigener Verantwortung erledigen". Diese Definition bedarf für die kommunale Selbstverwaltung noch einer Ergänzung bezüglich der besonderen Natur der Träger dieser Verwaltung. Wenn man mit Neuwiem[16]) die Gemeinde definiert als die „auf einem unmittelbaren räumlichen Zusammenwohnen der Mitglieder bezw. auf der unmittelbaren räumlichen Nachbarschaft des Grundbesitzes beruhende Körperschaft," so zeigt uns diese Begriffsbestimmung, daß hervorstechendste Merkmal dieser wichtigsten kommunalen Körperschaft ihre Eigenschaft als Gebietskörperschaft ist.[17]) Dieselbe Eigenschaft haben die höheren Kommunalverbände, die insbesondere nicht lediglich als eine Vereinigung der Gemeinden angesehen werden können.

Kommunale Selbstverwaltung ist demnach das Recht der dem Staate eingegliederten Gebietskörperschaften, innerhalb des Rahmens des Gesetzes ihre eigenen Angelegenheiten selbst zu verwalten.

Durch die vorstehende Entwicklung des theoretischen Begriffs der Selbstverwaltung ist gleichzeitig schon diejenige Frage beant-

---

[13]) Handb. d. deutsch. Staatsr. Bd. I § 60; ders. ArchöR. 50/466 ff.

[14]) Fleiner, VerwR., S. 115/116; Peters, Grenzen . . . S. 37 ff.; Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 142 ff.; Rosin, Oeffentl. Genossenschaften . . . S. 181 ff.

[15]) a.a.O. S. 36. Es erscheint überflüssig, auf die zahlreichen zum Teil sich überschneidenden Begriffsbestimmungen einzugehen. Neben den bei Peters a.a.O. S. 5 ff. Genannten, sei insbes. auf Stier-Somlo, Handb. S. 13; G. Jellinek, System S. 278, verwiesen.

[16]) Neuwiem, Zweckverbände, S. 2; ähnlich Peters a.a.O. S. 54, der aber ebenso wie O. Mayer Bd. II S. 352 bereits die Zweckbestimmung der Kommune in die Definition hineinzieht.

[17]) Rosin, Oeffentl. Genossenschaft S. 40 ff.; O. Mayer Bd. II, S. 353. §§ 1 und 4 ff. d. Referentenentw.

wortet worden, die immer wieder bei einer theoretischen Erörterung über die Selbstverwaltung in den Vordergrund tritt, die Frage nach der Natur des den kommunalen Verbänden zustehenden Rechts, ihre Angelegenheiten zu verwalten. Während man auf der einen Seite in der Ausübung der Selbstverwaltung lediglich die Erfüllung von Staatsaufgaben sieht, die der Staat aus organisatorischen und politischen Gründen nicht selbst erledigt, sondern den ihm eingegliederten Selbstverwaltungskörperschaften zur Erfüllung überträgt, will eine andere Richtung ein Recht der Gemeinden und Gemeindeverbände in dem Sinne anerkannt wissen, daß diesen ein eigenes Recht zur Verwaltung ihrer Angelegenheiten zusteht, das nicht im Staate wurzelt und von ihm stammt und lediglich deshalb innerhalb des staatlichen Lebens zur vollen Entfaltung gelangen kann, weil die kommunalen Körperschaften dem Staat als selbständige Körperschaften des öffentlichen Rechts eingegliedert sind.[18])

Während die letztere Ansicht in der älteren Literatur insbesondere von O. von Gierke[19]) auf Grund seiner Auffassung von der juristischen Person als einem organischen natürlichen Gebilde und nach ihm von Preuß[20]) infolge des von ihm geleugneten begrifflichen Unterschiedes zwischen Staat und kommunalen Selbstverwaltungskörpern vertreten wird, ist auf der anderen Seite insbesondere von Bornhak, Laband und G. Jellinek[21]) der Gedanke betont worden, daß kraft der Omnipotenz des Staates und des ihm zustehenden Alleinrechts, zu verwalten, alle Aufgaben der kommunalen Körperschaften letztlich Staatsaufgaben seien. Die Frage ist von grundlegender Bedeutung für die Beziehungen, insbesondere für etwaige Kompetenzstreitigkeiten zwischen dem Staat und dem ihm untergebenen Verbande. Bei ihrer Entscheidung kann nur vom positiven Recht ausgegangen werden.[22]) Sie kann also nicht, wie übrigens fast heute allgemein angenommen wird, aus der historischen Entwicklung heraus beantwortet werden. Denn eine Entscheidung nach rein historischen Gesichtspunkten würde, wie Neuwiem mit Recht annimmt,[23]) je nach der Entwicklung und dem Alter der einzelnen Gemeinde dazu führen, daß bei denen, deren Begründung vor der Existenz des Staates liegt, die rechtliche Natur eine andere wäre als bei den Gemeinden, die erst im staatlichen Machtbereich entstanden sind. Schon diese Konsequenz zeigt, daß die historische Methode keine Lösung bringt. Auch die Tatsache, daß die kommunalen Gebilde juristische Personen sind, kann als hinreichender Beweis dafür, daß die von ihnen verwalteten Aufgaben staatliche sind, nicht dienen.[24]) Zwar ist die Existenz der Gemeinde bezw. des Gemeindeverbandes als juristische Person nur innerhalb einer staatlichen

---

[18]) Zu der umfangreichen Literatur zu dieser Streitfrage vgl. für die Vorkriegsliteratur die Zusammenstellung bei Neuwiem, S. 3; dazu Peters, Grenzen, S. 5 ff.; Stier-Somlo, Handb. S. 19; Hatschek, Lehrb. S. 65 ff.

[19]) Insbes. das Deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. I S. 757 u. 759; ähnliche Ideen bilden die Grundlage der französischen Lehre vom Pouvoir municipal, Hatschek a.a.O. S. 63; G. Jellinek, System, S. 265; Rosin Annal. S. 291.

[20]) Preuß, Gemeinde, Staat u. Reich, S. 206; Amtsrecht S. 123 ff.

[21]) Bornhak, Preuß. Staatsrecht, II. Bd. S. 101; Laband, Staatsrecht, Bd. I, S. 70 Anm. 1; G. Jellinek, System, S. 273; vgl. auch Schoen, Kommunalverbände S. 14; Gluth, S. 64, 102 ff.; Blodig, S. 33; Stier-Somlo S. 19.

[22]) Darauf hat mit Recht schon Bornhak, a.a.O., hingewiesen.

[23]) Neuwiem, Zweckverbände S. 4; Kormann, System . . . S. 332.

[24]) Bornhak a.a.O.; Jellinek, System S. 264; Schoen, Kommunalverbände S. 7 ff.

Rechtsordnung möglich und insofern setzt allerdings der Begriff der Selbstverwaltung den Staat voraus. Aber aus dieser Verleihung der Rechtspersönlichkeit folgt nicht ohne weiteres, daß mit dieser auch eine Uebertragung von Befugnissen verbunden ist, die den Lebenszweck der juristischen Person ausmachen würde.

Trotzdem muß die Frage, ob letztlich alle Gewalt der kommunalen Körperschaften im Staate begründet ist und von diesem auf die Gemeinden und Gemeindeverbände als der Idee nach übertragen anzusehen ist, bejaht werden. Es gab zwar sicher eine Zeit, in der die Machtvollkommenheit gerade der deutschen Städte so groß war, daß diese Staaten im Staate waren und die Behauptung einer Delegation ihrer Machtbefugnisse von der zentralen Staatsgewalt der Wirklichkeit nicht entsprochen hätte. Wenn demgegenüber auch die Erstarkung der landesherrlichen Gewalt im 17. und 18. Jahrhundert eine Zurückdrängung der Machtbefugnisse der Städte herbeiführte, so bleibt doch die Tatsache bestehen, daß immer noch die Städte Quelle von lebensvollen Kräften für das öffentliche Leben waren. Wenn demnach unsere Entscheidung der Wirklichkeit zu widersprechen scheint, so muß mit Kormann[25]) betont werden, daß ein Problem unter Umständen im Lichte historischer Betrachtung nicht dieselbe Beurteilung erfahren kann und muß wie unter dem Gesichtspunkt normativer juristischer Betrachtungsweise. Hier liegt auch der Grund für die anscheinend so divergierenden Meinungen in der Literatur. Infolge der geschichtlichen Entwicklung werden rechtspolitische Ideen und Tatsachen des gesellschaftlichen Lebens mit Fragen der Rechtsdogmatik in unzulässiger Weise vermengt. Darauf haben nach Helfritz[26]) neuestens Peters und Stier-Somlo mit Recht hingewiesen.

Die Soziologie sucht die realen Tatsachen gesellschaftlichen Lebens zu ergründen und die Rechtspolitik gibt uns die Antwort auf die Frage, ob es aus politischen und geschichtlichen Gründen zweckmäßig erscheint, den genossenschaftlichen Kräften ein geeignetes Betätigungsfeld im Staate zu verleihen, während die Rechtsdogmatik auf Grund der Einheit, Universalität und Totalität staatlicher Machtbefugnis den allein möglichen Schluß ziehen kann, daß überall, wo innerhalb des staatlichen Machtbereichs öffentliche Gewalt und hoheitliche Befugnisse ausgeübt werden, eine Beziehung und ein Abhängigkeitsverhältnis des Trägers dieser Gewalt zum und vom Staate bestehen muß. Alle hoheitliche Gewalt der Gemeinden und Gemeindeverbände kann daher nur im Staate wurzeln und muß daher von ihm auf jene übertragen sein. Wenn man dagegen einwendet, daß der Staat nicht etwas habe übertragen können, was er selbst nicht besessen habe, so ist eben die Voraussetzung, daß ursprünglich der Staat nicht Träger der den kommunalen Körperschaften zustehenden Befugnisse gewesen sei, falsch. Gegen unsere Auffassung spricht auch nicht die Tatsache, daß das Recht gerade bei dem Zessionar zu einer viel größeren Fülle sich entfaltet hat, als dies bei einem Verbleiben innerhalb des Staatsbereichs möglich gewesen wäre. Hier zeigt sich besonders die enge Beziehung von Rechts-

---

[25]) Kormann, Annal. 1911, S. 958; System S. 332; Veräußerung bei katholischem Kirchengut, S. 141 Anm. 3.

[26]) Helfritz, Vertretung . . . S. 50 ff.; Grundriß S. 11; Peters, Grenzen . . . S. 30; Stier-Somlo, Handb. S. 22 ff.

politik und Rechtsdogmatik. Wenn erstere eine Uebertragung geradezu forderte, wurde dadurch an der rechtlichen Natur dieser Uebertragung nichts geändert. Als Argument für die hier vertretene Auffassung mag schließlich darauf hingewiesen werden, daß, insbesondere bei den höheren Kommunalverbänden von einem organischen, aus diesen selbst erwachsenen Eigenleben viel weniger zu spüren ist. Ihre Natur als künstlicher Organismus macht die Tatsache ihrer Beziehung zum Staate noch deutlicher als bei den Gemeinden.[27]) Eine verschiedene Beurteilung der Streitfrage bei den verschiedenen kommunalen Körperschaften ist aber durch nichts gerechtfertigt.

Man kann daher die Existenz eines Grundrechts der Gemeinden, das ihnen ähnlich dem Rechte der natürlichen Person ein Recht auf Dasein ohne Rücksicht auf den Staat zustände, nicht anerkennen. Sicher sind die rein natürlich gewachsenen genossenschaftlichen Kräfte auch ohne den Staat da, aber sie haben, erst durch die Staatsmacht anerkannt, ein Recht auf Existenz erhalten, zumal diesen Kräften durch die Verleihung der Befugnisse, staatliche Hoheitsaufgaben zu erfüllen, ein anderes zum Staate gerichtetes Aussehen gegeben worden ist. Es ist daher der Vergleich mit der Einzelperson in ihrem Verhältnis zum Staat, bei dem gewiß bestimmte Freiheitsrechte ohne Rücksicht auf den Staat anerkannt werden müssen, nicht stichhaltig, da es sich um eine ganz andere Beziehung handelt, nämlich um die Betrauung einer Rechtspersönlichkeit mit Aufgaben, die an sich nur dem Staate zustehen.[28])

Die Beweisführung kann auch nicht mit dem Hinweis widerlegt werden, daß die Tätigkeit der Gemeinden heute vorwiegend wirtschaftlicher Art sei. Zwar ist der Umfang des Aufgabenkreises der Kommunen auf wirtschaftlichem Gebiete heute sehr groß. Fragen der Bau- und Wohnpolitik, des Baues von Straßen, Elektrizitäts- und Gaswerken, der Unterhaltung von Verkehrsbetrieben, Theatern und Museen beherrschen das Betätigungsfeld der Kommunen in so starkem Maße, daß dadurch ihre Befugnis zur Ausübung hoheitlicher Gewalt stark in den Hintergrund gedrängt wird und nur sekundäre Bedeutung zu haben scheint. Angesichts dieser Verschiebung des eigentlichen Aufgabenbereichs der Kommunen, ist es erklärlich, wenn man behauptet, daß hier Aufgaben vorliegen, die die Gemeinde von sich aus an sich gezogen habe und die sie schon deswegen nicht vom Staate habe erwerben können, weil dieser an die Erfüllung solcher Aufgaben nie gedacht habe, sodaß auch von einer Uebertragung nicht gesprochen werden könne.[29]) Helfritz[30]) kommt auf Grund dieser vorwiegend wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen sogar zu dem Schluß, „daß nicht der Ausübung von Hoheitsrechten wegen der genossenschaftliche Zusammenschluß der Gemeindeglieder zu gemeinsamer Wirtschaft bestehe, sondern es seien umgekehrt, um die kommunale Wirtschaft und somit die Erfüllung der den Gemeinden in erster Linie obliegenden Aufgaben zu ermöglichen, ihnen Hoheitsrechte überlassen." Ob eine bestimmte Angelegenheit in den staatlichen oder kommunalen Wirkungskreis

---

[27]) Jellinek, System, S. 279.

[28]) C. Schmitt, Verf. Lehre S. 170 behandelt daher das Selbstverwaltungsrecht mit Recht als eine institutionelle Garantie.

[29]) Neuwiem, S. 7.

[30]) Helfritz, Vertretung, S. 56.

falle, könne nicht danach entschieden werden, ob die Rechtsdeduktion diese Angelegenheit dem Staat oder den Kommunen zuweise, sondern danach, ob einer von beiden den jeweiligen Verhältnissen Rechnung tragen und die Sache an sich ziehen würde. Es entscheide kein fundamentaler Rechtssatz, sondern ein geschichtlicher Werdegang. Diese Ausführungen Helfritz' beruhen auf einer von ihm selbst an anderer Stelle[31]) gerügten Vermengung von Fragen der Rechtspolitik und solchen der Rechtsdogmatik. Die Voraussetzung, von der Helfritz ausgeht, daß nämlich die Tätigkeit des Staates im Gegensatz zu der der Kommunen in erster Linie auf immaterielle Güter wie insbesondere die Wahrung von Ruhe und Ordnung innerhalb des staatlichen Lebens gerichtet sei, ist durch die tatsächliche Entwicklung widerlegt. Wie Stier-Somlo[32]) mit Recht betont, ist der moderne Staat heute weitgehend zum Wirtschaftsstaat geworden und gerade die Maßnahmen und Entscheidungen des Staates auf wirtschaftspolitischem Gebiete bilden heute einen entscheidenden Teil seiner Gesamtpolitik. Allerdings soll nicht bestritten werden, daß das Verhältnis der wirtschaftlichen zu den übrigen Aufgaben bei den Kommunen ein anderes ist wie beim Staat. Das rechtfertigt aber immer noch nicht den Schluß, daß mangels einer Existenz der Kommunen im Staate dieser auch die von ihnen erfüllten wirtschaftlichen Aufgaben nicht selbst erledigen müßte. Der Staat müßte mangels der fehlenden Initiative der Kommunen selbst den Bau der notwendigen Straßen, des Wasserwerkes, der Kanäle, übernehmen.[33]) Zweifelhaft ist es allerdings, ob der Staat, der das gesamte Staatsgebiet zu verwalten hat, gerade diese wirtschaftlichen Aufgaben in derselben großzügigen und umfangreichen Weise wie die Kommunen, deren Lebenskreis ihrer Natur nach ein engeres Gebiet umfaßt, erledigen könnte und würde. Hier zeigt sich wieder die nahe Beziehung zwischen der Rechtspolitik und dem normierten Recht und von diesem Gesichtspunkt aus gesehen, hat auch Peters[34]) Recht, wenn er mit Neuwiem betont, daß manche Angelegenheiten erst durch die Tatsache, daß der Staat die Kommunen als juristische Person des öffentlichen Rechts dem Gesamtorganismus eingegliedert hat, tatsächlich ihre Erledigung finden. Ebenso wie aber auch die Tätigkeit des Staates auf dem Gebiete der Verwaltung nicht lediglich hoheitlicher Natur ist, sondern eine Fülle wirtschaftlicher Funktionen mitumfaßt, ebenso erschöpft sich das kommunale Selbstverwaltungsrecht nicht in der Ausübung hoheitlicher Aufgaben.[35]) Die wirtschaftlichen Aufgaben sind daher auch Ausfluß des Selbstverwaltungsrechts. Dabei ist es aber falsch, die Kommunalverbände als wirtschaftliche Verbände anzusehen. Die wirtschaftlichen Aufgaben liegen mit der hoheitlichen Funktionen in Gemengenlage,[36]) die Aufgaben gehen vielfach ineinander über und bilden gemeinsam einen integrierenden Bestandteil des den Gemeinden zustehenden Rechts zur Selbstverwaltung.[37]) Ist es daher völlig falsch, daß die Hoheitsrechte den Kommunen nur deshalb über-

31) Helfritz a.a.O. S. 50 ff.
32) Handb. S. 24. Hierzu auch Huber, Das Reich als Wirtschaftsstaat S. 15 ff.
33) Diss. Mangoldt, S. 23.
34) Peters, Grenzen S. 32.
35) Rosin, Annalen, S. 312.
36) Stier-Somlo, Handb. S. 24.
37) Rosin, a.a.O.; Schoen, Kommunalverbände S. 8; G. Jellinek, Allgem. Staatslehre S. 645.

lassen sind, damit sie ihre wirtschaftlichen Funktionen erfüllen können und ist weiter eine scharfe Trennungslinie zwischen beiden Aufgabenkreisen nicht zu ziehen, so ergibt sich die Richtigkeit unserer Behauptung, daß alle Befugnisse der Kommunen im Staate ihre Wurzel haben. Die Entscheidung dieser Frage hat nicht nur theoretische Bedeutung für eine klare Vorstellung vom Begriff der Selbstverwaltung. Wenn Helfritz[38]) betont, daß die selbständige Ausübung der den Gemeinden zustehenden Herrschaftsrechte durch die Tatsache ihrer Uebertragung vom Staate keine Minderung erfahre, so mag dieser Satz an sich richtig sein. Helfritz übersieht jedoch dabei, daß die Feststellung der Ableitung aller kommunalen Befugnisse vom Staate für die Fälle von Streitigkeiten über die Abgrenzung der beiderseitigen Kompetenzen von wesentlicher Bedeutung ist. Denn in solchen Zweifelsfällen wird man dem Staat als dem Urheber aller Machtbefugnisse der Kommunen den Vorzug geben müssen.[39]) Für die Beanstandung von Beschlüssen kommunaler Vertretungskörperschaften wegen Befugnisüberschreitung, die im zweiten Teil der Arbeit noch näher behandelt werden soll, ist die so gewonnene Vorstellung von den Beziehungen des Staates zu dem subjizierten Verbande ebenfalls von großer Bedeutung.

Mit der Behauptung von der Begründung aller Gewalt der Gemeinden und Gemeindeverbände im Staate ist aber nicht gesagt, daß die Kommunen keine eigenen Befugnisse haben. Neuwiem[40]) hat mit Recht darauf hingewiesen, daß der Gegensatz von eigenem fremdes Recht ist. Fremdes Recht ist aber nur ein solches, daß einem anderen als demjenigen, der es ausübt, zusteht. Aus der Tatsache, daß jemand von einem Recht als eigenem Gebrauch macht, folgert aber nichts für die Frage, ob der Inhaber des Rechts dieses derivativ oder originär erworben hat. Die Kommunen sind Körperschaften des öffentlichen Rechts und damit juristische Personen. Aus dieser Tatsache folgt zwingend, daß diese juristischen Personen einen eigenen Wirkungskreis haben müssen. Wurde in den bisherigen Erörterungen die Selbstverwaltung als eine Selbstbeschränkung des Staates auf dem Gebiete der Verwaltung bezeichnet, so muß nunmehr betont werden, daß die aus dem staatlichen Machtbereich ausgeschiedenen Befugnisse eigene der Gemeinden und Gemeindeverbände sind. Alle Aufgaben, die der besonderen Zweckbestimmung der Kommunen entsprechen, sind demnach deren eigene Angelegenheiten. Mehr will Bühler[41]) auch nicht sagen, wenn er in der Selbstverwaltung „die Befugnis erblickt, die eigenen Angelegenheiten zu besorgen, insbesondere das eigene Vermögen zu verwalten." Auch Neuwiem[42]) weist darauf hin, daß jede Person notwendig einen selbständigen Lebenskreis habe und O. Mayer[43]) sagt treffend, daß die Selbstverwaltungskörper als juristische Person dazu geschaffen sind, ein bestimmtes Stück öffentlicher Verwaltung als ihnen rechtlich gehörig zu besitzen und in eigenem Namen zu führen. Rosin[44]) weist darauf hin, daß man die Gemeinden als für den Lebenszweck

[38]) Helfritz, a.a.O. S. 54.
[39]) Stier-Somlo, Handb. S. 22/23; Peters, Grenzen, S. 33/34.
[40]) Neuwiem, Zweckverbände, S. 5.
[41]) Bühler, Subjektive öffentl. Rechte, S. 252.
[42]) Neuwiem, S. 7—8.
[43]) O. Mayer, Bd. II, S. 329.
[44]) Rosin, Annal. S. 289, 292.

des Staates bestimmt ansehen müsse, wenn man letzteren als Rechtssubjekt der von den Kommunen ausgeübten Rechte setzen würde. Es könne aber nicht Lebenszweck einer juristischen Person sein, dauernd als Vertreter zu fungieren. Diese Ausführungen erscheinen in anderem Licht, wenn man die Definition, die Rosin dem Begriff des eigenen Rechts zugrunde legt, berücksichtigt. Eigenes Recht ist für jede Person ein Recht, deren Subjekt sie ist. Von dieser Definition ausgehend, kann man aber den Ausführungen Rosins unbedenklich zustimmen. Ja es wird von diesem Standpunkt auch der Satz Gierke's[45]) verständlich, der die Kommunen „als Glieder eines höheren Organismus und Organismus für sich" bezeichnet. Die Gemeinden üben ihre Tätigkeit, wie Peters[46]) treffend sagt, als eigene im Interesse des Staates aus.

Wenn man alle der Natur der Kommunen entsprechenden Angelegenheiten als deren eigene Aufgaben bezeichnet, kann der Umfang dieser Aufgaben nur aus den besonderen Eigenschaften der Gemeinden und Gemeindeverbände bestimmt werden. Die Kommunen sind Gebietskörperschaften. Daraus ergibt sich, daß ihr Aufgabenkreis umfangreicher ist als der anderer Selbstverwaltungskörper, die ihrer Bestimmung nach nur einem festumgrenzten Zwecke dienen. Mit Recht nimmt die herrschende Lehre mangels einer umfassenden gesetzlichen Definition an, daß den Kommunen infolge ihrer Eigenschaft als Gebietskörperschaft die Erledigung aller Aufgaben zufällt, die in dem betreffenden Gebiet örtlicher und spezieller Regelung bedürfen.[47]) Nach der ständigen Rechtsprechung des Pr.OVG.[48]) hat die Gemeinde die Bestimmung, alle Beziehungen des öffentlichen Lebens in sich aufzunehmen. Sie kann nach der angeführten Rechtsprechung „alles in den Bereich ihrer Wirksamkeit ziehen, was die Wohlfahrt des Ganzen, die materiellen Interessen und die geistige Entwicklung des Einzelnen fördert." Bei dem tatsächlichen Umfang dieses Aufgabenkreises spielt aber auch die historische Entwicklung eine erhebliche Rolle.[49]) Ist auf der einen Seite der Umfang der Aufgaben der kommunalen Verbände ebenso wie beim Staat, je nach dem Stande der wirtschaftlichen und politischen Entwicklung verschieden, so ist auch auf der anderen Seite die Abgrenzung des Aufgabenkreises zwischen Staat und Kommunalverbänden ständiger Entwicklung unterworfen. Innerhalb dieser zeitlich bedingten Umstände ist aber der Umfang des Aufgabenkreises der Kommunen nicht beschränkt.[50])

Nun gibt es Fälle wie z. B. die Jugendwohlfahrtspflege, die Wasserversorgung und Abwässerbeseitigung,[51]) in denen den Kommunen eine Erfüllung der in diesen Gesetzen umschriebenen Aufgaben ausdrücklich zur Pflicht gemacht ist, obwohl diese nach den obigen Ausführungen schon ohne weiteres in den Zuständigkeitsbereich der Gemeinden fallen würden. Die gesetzliche Fixierung kann daher nach den vorstehenden Ausführungen nicht die Bedeu-

---

45) v. Gierke, Holtzendorff's Rechtslex. Bd. II, S. 43.
46) Peters, Grenzen, S. 32.
47) Statt vieler Peters, S. 47—73; Neuwiem S. 12; Stier-Somlo S. 25.
48) OVG. 12/158; 19/176; 41/34.
49) Stier-Somlo a.a.O. S. 27.
50) Vgl. § 2 des Referen-Entw.
51) § 1 Pr.Ausf.V.z. RGes. betr. die Jugendwohlfahrt vom 9. Juli 1922; RGes. v. 30. Juli 1900 u. Pr.Ges. vom 28. III. 1905.

tung haben, daß diese Angelegenheiten den Gemeinden zur Ausführung besonders übertragen sind.[52]) Vielmehr wird durch diese Gesetze die Gemeinde zur Erfüllung von Aufgaben verpflichtet, zu deren Erledigung sie auf Grund ihres Selbstverwaltungsrechts in erster Linie berechtigt war. Zwar bedeutet das Recht der Selbstverwaltung nicht lediglich eine Befugnis, sondern es ist zugleich auch Pflicht. Denn der Staat kann es nicht dulden, daß die ihm eingegliederten Verbände von ihrem Recht, Aufgaben nach eigener Entschlußfreiheit zu erledigen, derart Gebrauch machen, daß sie nichts tun. Rosin[53]) sieht gerade in dieser öffentlich-rechtlichen Pflichtstellung der Kommunalverbände, dem Staat durch Erfüllung der ihnen wesenseigenen Aufgaben zu dienen, deren Hauptzweck. Wenn nun ein Gesetz ausdrücklich eine Verpflichtung einer Kommune zur Erledigung einer bestimmten Angelegenheit festlegt, so wird dadurch deren Entschlußfreiheit zunächst insoweit aufgehoben, als sie nicht mehr darüber entscheiden kann, ob sie die Regelung einer bestimmten Angelegenheit übernehmen will. Je nach der speziellen Regelung, die das Gesetz für die Durchführung der Aufgabe vorschreibt, wird die Entschlußfreiheit weiter dahin eingeengt, wie die Kommune ihre Aufgaben erfüllen soll. Diese obligatorischen Selbstverwaltungsaufgaben können somit gerade die wesentlichsten Grundlagen der Selbstverwaltung, die in der freien verantwortlichen Entschließung bestehen, soweit einengen, daß man sie nur mehr formal von den nunmehr zu behandelnden sogen. Auftragsangelegenheiten unterscheiden kann.[54])

Art. 72 PrV. unterscheidet neben den von den Gemeinden zu erfüllenden Selbstverwaltungsaufgaben die sogen. Auftragsangelegenheiten. Diese Unterscheidung deckt sich mit der Einteilung der Aufgaben der Kommunen in eigene und übertragene Angelegenheiten. Während bei den bisher erörterten Selbstverwaltungsangelegenheiten die Kommunen innerhalb des Rahmens ihrer Befugnisse die Verwaltung nach eigener freier Entscheidung durchführen können, sind sie bei den übertragenen Angelegenheiten mit der Erfüllung bestimmter staatlicher Aufgaben betraut. Sie werden in die unmittelbare Staatsverwaltung eingegliedert, sodaß die Aufsichtsbehörden ihnen unmittelbare Anweisungen erteilen können. Während bei den eigenen Angelegenheiten der Staat die Selbstverwaltungskörper als von ihm getrennte Rechtspersönlichkeiten anerkennt und seine Befugnis zur Kontrolle durch das Selbstverwaltungsrecht begrenzt ist, ist er in der Ausübung der Aufsicht bei den Auftragsangelegenheiten keinerlei Beschränkungen unterworfen, da die Gemeinde insoweit als Staatsorgan zu behandeln ist.[55])

Als wichtigstes Beispiel für eine Auftragsangelegenheit läßt sich die kommunale Polizeiverwaltung in Preußen anführen. Nach § 1 des PVG. vom 1. Juni 1931 ist die Polizei eine Angelegenheit des Staates. Nach § 3 wird in den Städten unter den besonderen Voraussetzungen des Gesetzes die Verwaltung dem Bürgermeister übertragen. Dieser ist jedoch gemäß § 9 PVG. bei der Handhabung der Polizeigewalt an die Anweisungen der Aufsichtsbehörde

---

[52]) So mit Recht Neuwiem, S. 9.

[53]) Rosin, Oeffentl. Genossenschaft, S. 16 ff., 40, 105, 109; Schoen, Kommunalverbände, S. 10.

[54]) Köttgen, Krise, S. 1.

[55]) OVG. 78/75; Kormann, Annal. S. 859; Helfritz Vertretung S. 60.

gebunden. Diese kommunale Polizeiverwaltung kann man jedoch nur dann zu den Auftragsangelegenheiten rechnen, wenn unter diesen Begriff nicht nur diejenigen Verwaltungsgebiete fallen, bei denen, wie gemäß § 1 des Wohnungsmangel-Gesetzes[56]) die Gemeinde als solche beauftragt und damit Staatsorgan geworden ist, sondern auch die Fälle mitumfaßt, bei denen lediglich ein Organ mit der Erfüllung staatlicher Aufgaben beauftragt ist. Von einem rein formalen Standpunkt aus gesehen, müßte man den Schriftstellern Recht geben, die nur dann von einer Auftragsangelegenheit sprechen wollen, wenn die Gemeinde als solche mit der Erledigung der Angelegenheit beauftragt ist.[57]) Man darf jedoch trotz dieses formalen Argumentes nicht übersehen, daß auch bei den Angelegenheiten, bei denen lediglich ein Organ der Gemeinde beauftragt ist, die Kommune insoweit beteiligt ist, als sie die Organe stellen muß und gerade in diesen Fällen meistens gesetzlich verpflichtet ist, die Kosten der Verwaltung zu tragen.[58]) Mit der vorherrschenden Ansicht wird man daher auch der Praxis Recht geben können, die auch die letztgenannten Sachgegenstände als Auftragsangelegenheit behandelt.[59])

Man hat gegen die Unterscheidung des Wirkungskreises der Kommunen in eigene und übertragene Angelegenheiten eingewandt, es würde damit ein Gegensatz festgesetllt, der begrifflich garnicht bestehe, da alle Befugnisse der Kommunen letztlich im Staate wurzelten.[60]) Soweit damit zu der Frage des Ursprungs aller kommunalen Befugnisse und deren bereits behandelter Beziehung zum Staat Stellung genommen wird, muß man allerdings sagen, daß in der Tat insoweit ein Unterschied nicht besteht. Man kann jedoch den genannten Autoren deswegen nicht folgen, weil durch die Einteilung eine Entscheidung im Sinne des bereits behandelten Problems garnicht gegeben werden sollte. Getroffen werden sollte mit der Unterscheidung nur die Tatsache, daß die formalrechtliche Seite bei beiden Angelegenheiten verschieden ist. Während bei jenen die Aufsichtsbefugnis des Staates durch das Recht der Selbstverwaltung beschränkt ist, ist bei diesen die Kommune der Aufsichtsbehörde nach deren Anweisung kraft der hierachischen Gliederung der unmittelbaren Staatsverwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben verpflichtet. Wenn man eine Parallele zwischen dem öffentlichen und dem privaten Recht ziehen würde, müßte man bei den eigenen Angelegenheiten der Gemeinden von einer Zession von Befugnissen und bei den übertragenen Aufgaben von einer Ausübungsbefugnis oder Ermächtigung sprechen.

Wenn demnach die Einteilung der kommunalen Angelegenheiten in eigene und übertragene Aufgaben nichts mit deren materiellen

---

[56]) OVG. 78/72.

[57]) Schoen, Kommunalverbände, S. 14; Leidig, Stadtrecht, S. 444; Preuß, Gemeinde, Staat u. Reich, S. 228; Amtsrecht, S. 136 ff.

[58]) Darauf hat Neuwiem a.a.O. S. 9 mit Recht hingewiesen. Vgl. auch § 9 des PKG.

[59]) Giese-Neuwiem-Kahn S. 11 unterscheiden zwischen echter und unechter Auftragsverwaltung je nach dem die Gemeinde als solche oder nur ein Organ derselben mit der Verwaltung beauftragt ist. Der Referentenentwurf will im § 98 die Frage i. S. der hier vertretenen Ansicht festlegen.

[60]) Schoen, Kommunalverbände, S. 14; Bornhak, Staatsrecht Bd. II, S. 201; Mangoldt, Diss. S. 20.

Ursprung zu tun hat, so kann die formelle Unterscheidung beider Angelegenheiten auch in keiner Weise zur Entscheidung der Frage herangezogen werden, ob die eigenen Angelegenheiten nicht als vom Staat der Idee nach übertragen angesehen werden können. Nach Gierke[61]) ist die Funktion der Gemeinde als organischer Gebietskörperschaft innerhalb des staatlichen Verbandes in ihrem eigenen Wirkungskreis erschöpft. Er sieht daher in der Betrauung der Gemeinde mit Auftragsangelegenheiten eine Benutzung derselben zu ihr wesensfremdem Zwecke und zieht schon aus diesem Grunde einen scharfen Trennungsstrich zwischen beiden Betätigungskreisen. Gierke, dessen Ansicht man nur bei Anerkennung seiner Organtheorie folgen kann, übersieht dabei, daß eine Auftragsangelegenheit garnicht notwendig eine den gemeindlichen Interessen wesensfremde Aufgabe zu sein braucht. Der Gesetzgeber ist nämlich lediglich bei einer völligen Abschaffung der Institution der Selbstverwaltung oder vielleicht bei Entziehung wichtigster Befugnisse, die materiell den Kern der Aufgaben der Selbstverwaltungskörper ausmachen, an die Schranken des Art. 127 RV. gebunden.[62]) Im übrigen ist es ihm unbenommen, einzelne Aufgaben, die an sich mit der Existenz eines Selbstverwaltungsrechts von den Gemeinden zu erledigen wären, diesen zu entziehen, weil das betreffende Sachgebiet wegen seiner Bedeutung für das allgemeine Wohl besser der Kontrolle innerhalb der zentralistisch organisierten unmittelbaren Staatsverwaltung unterworfen wird. Dabei kann der Staat auf der anderen Seite wieder in der Form der Auftragsverwaltung die Kommunen an der Erfüllung dieser Aufgaben beteiligen. Brauchen daher die Auftragsangelegenheiten der Zweckbestimmung der Gemeinden und Gemeindeverbände keineswegs fremd zu sein, so kommt Preuß,[63]) der im übrigen die Möglichkeit einer gesetzlichen Begrenzung des Aufgabenkreises der Gemeinden anerkennt, zu der Feststellung, daß ein Unterschied zwischen eigenem und übertragenem Wirkungskreis in der von der herrschenden Meinung anerkannten Form nicht bestehe. Preuß kommt auf Grund seiner Auffassung von der begrifflichen Gleichheit zwischen Staat und Selbstverwaltungskörpern zu der Feststellung, daß in letzteren die Duplizität zweier Funktionen zu sehen sei, nämlich „eigener Organismus und organisches Glied eines höheren Organismus" zu sein. Preuß' Lehre steht und fällt mit seiner Auffassung von der Wesensgleichheit des Kommunalverbandes mit dem Staate. Deren Ablehnung ergibt sich aber aus der Natur der Kommunen, die alle Befugnisse vom Staate ableiten. Man kann daher den Unterschied zwischen Verwaltung in eigenem und übertragenem Wirkungskreis, wie bereits betont, nur im formalen sehen und diesen kennzeichnen in der verschiedenen Beziehung des subjizierten Verbandes zur übergeordneten Instanz.

Da die Gemeinde bzw. deren Organ im Rahmen der Auftragsverwaltung immer als Staatsorgan handelt, hat Peters[64]) Recht, wenn er sagt, es sei logisch unmöglich, von einer Selbstverwaltung im übertragenen Wirkungskreis zu sprechen. Allerdings ist gerade bei den Auftragsangelegenheiten auch jene Idee zu erkennen, die

[61]) Gierke, Deutsch. Genossenschaftsrecht Bd. I, S. 759 u. 761.
[62]) C. Schmitt, Verf. Lehre, S. 170 ff.; Anschütz S. 511.
[63]) Preuß, Amtsrecht, S. 136; Gemeinde, Staat . . . S. 229.
[64]) Peters, S. 190, Grenzen; ähnlich Blodig, S. 38.

bei der Behandlung der Selbstverwaltung im politischen Sinne zum Ausdruck gebracht ist, indem die unmittelbare Staatsverwaltung durch Berufsbeamte ersetzt ist durch eine Beteiligung derjenigen Körperschaften, die an deren Erledigung besonders interessiert sind.[65])

Wenn man eine scharfe Abgrenzung der eigentlichen Selbstverwaltungsangelegenheiten von den Auftragsangelegenheiten, zu machen versucht, so wird diese im Einzelfall besonders bei der behandelten gebundenen Selbstverwaltung auf Schwierigkeiten stoßen. Da aber der Staatsaufsicht und damit der im zweiten Teil dieser Arbeit zu behandelnden Beanstandung nur die Kontrolle in den eigenen Angelegenheiten zusteht, ist eine begrifflich möglichst scharfe Trennungslinie zu fordern. Diese Grenzlinie kann nicht von dem Gebiete der eigenen Angelegenheiten aus gewonnen werden, da angesichts der Unbestimmtheit und Unbegrenzheit der Möglichkeit kommunaler Betätigung von hier aus eine genaue Abgrenzung praktisch unmöglich erscheint. Klarheit kann vielmehr nur durch das Gesetz gewonnen werden, das entweder ausdrücklich[66]) oder zum mindesten seinem Inhalt nach, insbesondere aus der Regelung der Aufsichtsbeziehung erkennen läßt, ob die Angelegenheit als eine Auftragsverwaltung geschaffen worden ist. Ergibt das Gesetz eine bestimmte Lösung in diesem Sinne nicht, so muß zu Gunsten der Gemeinde die Angelegenheit als Selbstverwaltungsangelegenheit angesehen werden, da deren Betrauung mit Auftragsverwaltung immerhin nicht die Regel darstellt.[67])

Aus dem so gewonnenen Begriff der Selbstverwaltung und aus der Umschreibung des Aufgabenkreises der Kommunen im Staate wird der zweite Teil der Arbeit, der einen Teilausschnitt aus den Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Kommune behandelt, besser verständlich sein.

§ 2.

Die Staatsaufsicht.

Die Erörterungen des § 1 haben ergeben, daß das juristische Wesen der Selbstverwaltung nur verständlich ist „aus der Beziehung der Kompetenz eines subjizierten Verbandes zur staatlichen Kompetenz."[1]) Daraus ergibt sich zwingend, daß eine Normierung der

---

[65]) Nach von Gneist beruht gerade auf dem Gebiet der Auftragsverwaltung aller Wert des Selfgovernment. Auch Hatschek, Selbstverwaltung, S. 97 ff., sieht ebenfalls vom englischen Recht beeinflußt, die Hauptidee der Selbstverwaltung in der Heranziehung von Kommunalorganen gleich in welcher Form zu Zwecken des Staates. Er befindet sich hier in teilweiser Uebereinstimmung mit G. Jellinek, der den Selbstverwaltungskörper als aktiven und passiven Verband behandelt. Jellinek, Allgem. Staatslehre, S. 614 ff.; System S. 275. Hatschek, Lehrb. S. 68 ff. Für die vorliegende Arbeit ist eine solche Betrachtungsweise nicht brauchbar, weil sie zu einer Ueberschneidung mit unserer Einteilung in Auftrags- und Selbstverwaltungsangelegenheiten führt. Darauf hat Neuwiem mit Recht (a.a.O.) hingewiesen. Vgl. auch Peters, S. 10.

[66]) Als typisches Beispiel sei das Gesetz vom 17. März 1929 (GS. S. 23) genannt. Hierzu OVG. 82/82.

[67]) Peters, Grenzen, S. 195.

[1]) Jellinek, System, S. 277.

rechtlichen Beziehungen zwischen beiden, d. h. eine Staatsaufsicht notwendiges Korrelat und nicht der Selbstverwaltung entgegenstehendes Hemmnis ist. Wenn die Kommunalverbände nicht um ihrer selbst willen da sind, sondern wichtige Funktionen für das Staatsganze zu erfüllen haben, muß dem Staat ein Kontrollrecht über die Ausübung dieser Funktion durch die Selbstverwaltungskörper zustehen. In der Polarität der beiden sich ergänzenden Extreme, der gemeindlichen Selbständigkeit auf der einen und dem gesamtstaatlichen Interesse auf der anderen Seite spiegelt sich die politische und rechtliche Schwierigkeit der Staatsaufsicht oder vom Standpunkt der Kommunen gesehen, der Kommunalaufsicht wider. Mit Peters[2]) läßt sich der materielle Inhalt der Kommualaufsicht als diejenige Tätigkeit des Staates bestimmen, welche zum Zwecke hat, den Selbstverwaltungskörper im öffentlichen Interesse zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten und die gesamte von ihm geführte Verwaltung in Einklang zu bringen mit der übrigen öffentlichen Verwaltung". Die Staatsaufsicht kann dabei sich nur auf den Bereich der eigenen Angelegenheiten der Kommunen erstreckén, da deren Tätigkeit auf dem Gebiete der Auftragsverwaltung keine Selbstverwaltung ist.

Die preußische Gesetzgebung hat nun in vielen Fällen der Aufsichsbehörde besondere Spezialermächtigungen zu einem Einschreiten erteilt. Es besteht daher Streit, ob die Aufsichtsbehörde auch in den Fällen zum Einschreiten berechtigt sein soll, in denen zwar entsprechend der oben gegebenen Begriffsbestimmung über den materiellen Umfang des Aufsichtsrechts eine Maßnahme erforderlich scheint, es aber an einem die Form des Einschreitens regelnden Spezialtitel fehlt. Während Preuß und ihm folgend Schmieder[3]) die Aufsichtsbehörde nur in den vom Gesetz besonders geregelten Fällen zum Einschreiten für befugt halten, sieht die herrschende Lehre[4]) mit Recht in Uebereinstimmung mit dem preuß. OVG.[5]) eine Maßnahme schon dann für berechtigt an, wenn das materielle Aufsichtsrecht, das seine Rechtfertigung aus dem Einbau der Kommunen in den Staat findet, eine solche rechtfertigt. Das OVG. hat in ständiger Rechtsprechung in Anlehnung an § 139 b der revidierten Städteordnung von 1831 den Inhalt dieser materiellen Aufsichtsbefugnisse dahin umschrieben, daß die Aufsichtsbehörde berechtigt und verpflichtet ist, dafür zu sorgen, daß die Verwaltung fortwährend in den vorgeschriebenen Grenzen bleibe und angezeigte Störungen beseitigt werden. In den besonders geregelten Fällen ist hiernach nur die Form des Einschreitens vorgeschrieben, und den Bestimmungen kommt nicht die Bedeutung zu, ein Einschreiten in den nicht geregelten Fällen auszuschließen. Das kann natürlich nur insoweit gelten als nicht das Gesetz wie z. B. § 115 der Prov. Ord. für die östl. Provinzen die Befugnisse der Aufsichtsbehörde ausdrücklich auf die in diesem Gesetz genannten Mittel beschränkt.[6])

---

[2]) Peters, Grenzen, S. 218; ähnlich O. Mayer, Bd. II. S. 392.
[3]) Preuß, Amtsrecht S. 168, 264 ff.; Schmieder, Pr.V.Bl. 25/485.
[4]) O. Mayer II, S. 396; Jellinek, W. S. 532; Peters, Grenzen, S. 222.
[5]) OVG. 25/49; 28/95; 35/118; 53/472; 82/97.
[6]) Diese rechtsstaatlichen Bedenken mehr entsprechende Regelung will auch der Entwurf im § 82 gesetzlich festlegen.

Die Mittel der Staatsaufsicht teilt man, nachdem die alte Trennung in positive und negative Aufsichtsmittel[7]) aufgegeben ist, in solche präventiven und repressiven Charakters ein.[8])

Als wesentlich präventive Aufsichtsmaßnahmen seien neben der Raterteilung, insbesondere die Bestätigung und Genehmigung der Beschlüsse kommunaler Vertretungskörperschaften genannt.

Als wichtigstes Repressivmittel kommt neben der Zwangsetatisierung die Beanstandung der Beschlüsse kommunaler Körperschaften wegen Rechtswidrigkeit in Betracht. Deren Behandlung soll der Gegenstand des zweiten Teils der Arbeit sein.

---

[7]) Schoen, Kommunalverbände S. 9; Gierke, Genoss.Recht, S. 665 ff.

[8]) Neuwiem, Zweckverbände S. 245 ff.; ähnlich Fleiner S. 105; Peters bringt a.a.O. S. 233 eine Einteilung im Anschluß an O. Mayer Bd. II S. 395 ff. und Friedrichs Verw.Arch. 30/81 die den Grad der Stärke der Aufsichtsmittel berücksichtigt.

II. Kapitel.

Die Beanstandung im preußischen Kommunalrecht.

§ 1.

Die historische Entwicklung.

Die Entwicklung des kommunalen Verwaltungsrechts geht von Preußen aus. In diesem Lande hat daher auch das Recht der Beanstandung der Beschlüsse kommunaler Körperschaften durch die Aufsichtsbehörde wegen Rechtswidrigkeit die längste Entwicklung hinter sich. Die Beanstandung war neben der Zwangsetatisierung immer das vornehmste Repressivmittel staatlicher Aufsichtsmaßnahmen.

Unter Beanstandung im weitesten Sinne ist die Befugnis der Aufsichtsbehörde zu sehen, Beschlüsse der kommunalen Körperschaften, die irgendwie mit Rechtsmängeln behaftet sind, umzustoßen. Es entspricht dem Wesen der Selbstverwaltung sowie der Gestaltung der Aufsichtsbefugnisse der Aufsichtsbehörde, wenn diese nicht auf die Kommunen einwirken kann, daß sie Beschlüsse im ganz bestimmten Sinne fassen, sondern wenn diese erst dann einzuschreiten berechtigt ist, wenn durch bereits gefaßte Beschlüsse Verstöße gegen das Gesetz innerhalb des kommunalen Lebens zu befürchten sind.

Der Inhalt des Beanstandungsrechts, das sich in den einzelnen kommunalen Gesetzen immer wieder findet, läßt sich allgemein auf nachstehende Formel bringen:

> Beschlüsse einer kommunalen Körperschaft, welche deren Befugnisse überschreiten oder die Gesetze verletzen, hat das zuständige Organ entstehenden Falls auf Anweisung der Aufsichtsbehörde mit aufschiebender Wirkung unter Angabe der Gründe zu beanstanden.
>
> Gegen die Beanstandungsverfügung steht der betroffenen kommunalen Körperschaft die Klage im Verwaltungsstreitverfahren zu.

Ein langer Weg war erforderlich, bis die Gesetzgebung die Beanstandung im Sinne der oben wiedergegebenen Norm ausgebaut hat. Die historische Entwicklung ist deswegen besonders lehrreich, weil sie ein getreues Abbild der jeweiligen Spannungen zwischen Staat und Selbstverwaltungskörpern bildet, zugleich aber auch erst von hier aus die Rechtsprechung des PrOVG. auf dem Gebiete der Beanstandung verständlich wird. Die historische Untersuchung ermöglicht es gleichzeitig auf die Fälle einzugehen, in denen zwar auch eine irgendwie geartete Einwirkungsmöglichkeit auf die Beschlüsse kommunaler Körperschaften besteht, die aber im Laufe der Entwicklung einer Sonderbehandlung unterworfen wurden und daher im weiteren Verlauf der materiellen Untersuchung nicht mehr berücksichtigt werden können.

Bis zur Stein'schen Städteordnung vom 19. November 1808 gab es in Preußen kein Selbstverwaltungsrecht. Die Aufsicht des Staates über die Städte war daher auch im wesentlichen durch keinerlei Rechte der letzteren gegenüber dem Staat eingeschränkt, vielmehr mußten die Städte bzw. deren Organe den unmittelbaren Anordnungen der Aufsichtsbehörde Folge leisten. § 108 ff. II. 8. ALR. Mit der Einführung der neuen Städteordnung trat an Stelle dieses unbeschränkten staatlichen Eingriffsrechts eine durch das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht prinzipiell begrenzte Aufsichtsbefugnis des Staates. Dabei ging das Gesetz im Zuge der freiheitlichen Ideen, die ihren Schöpfer, den Freiherrn von Stein, beseelten, verhältnismäßig weit. Zwar heißt es im § 1, „dem Staat bleibt das oberste Aufsichtsrecht über die Städte vorbehalten, insoweit nicht in der gegenwärtigen Ordnung auf eine Teilnahme ausdrücklich Verzicht geleistet ist. Aber schon § 2 enthält einen solchen weitgehenden Verzicht, wenn er die Aufsichtsbefugnisse beschränkt auf Einsichtnahme in die gedruckten Rechnungsauszüge oder die öffentlich darzulegenden Rechnungen der Städte über die Verwaltung ihres Gemeindevermögens, Entscheidung über Beschwerden einzelner Bürger oder ganzer Abteilungen über das Gemeinwesen, Bestätigung neuer Statuten und Erteilung der Genehmigung zu den Wahlen der Magistratsmitglieder. Eine Beanstandung im Sinne des modernen Rechts war der Städteordnung von 1808 unbekannt. Zwar bestand schon insofern eine gewisse Einwirkungsmöglichkeit auf Beschlüsse kommunaler Organe als dem Magistrat gemäß § 184 das Recht der Beschwerde zustand, wenn er glaubte, die Beschlüsse der Stadtverordnetenversammlung über die Deckung der Geldbedürfnisse nicht verantworten zu können. Umgekehrt konnte die Stadtverordnetenversammlung gemäß § 188 Pflichtwidrigkeiten im Wege der Beschwerde zur Anzeige bringen. Darunter fielen auch gesetzwidrige Beschlüsse. Waren schon die Befugnisse, insbesondere des Magistrats auf ganz bestimmte Fälle begrenzt, so können die genannten Bestimmungen als Grundlage für eigentliche Maßnahmen staatlicher Aufsicht deswegen nicht angesehen werden, weil die Aufsichtsbehörde nur auf Beschwerde hin tätig wurde.

Die weite Fassung des staatlichen Aufsichtsrechts, insbesondere aber der Mangel an genügend ausgebauten Repressivmitteln[1]) führte bald zu Mißständen, zumal die Kommunen an diesen Umfang ihrer Bewegungsfreiheit nicht gewöhnt waren. Die revidierte Städteordnung von 1831 brachte daher einen Rückschlag gegenüber dem freiheitlichen Zug der Stein'schen Städteordnung und führte zu einer festeren Umgrenzung des staatlichen Aufsichtsrechts. Wenn auf der einen Seite der Versuch einer materiellen Umgrenzung des staatlichen Aufsichtsrechts in dem bekannten § 139 b der revidierten Städteordnung, wonach es Aufgabe der Aufsichtsbehörde ist, dafür zu sorgen, daß die Verwaltung fortwährend in dem vorgeschriebenen Gange bleibt und angezeigte Störungen beseitigt werden, einen Fortschritt bedeutete, so wurden auf der anderen Seite die Fälle, in denen sich der Staat das Recht der unmittelbaren Teilnahme an den Beschlüssen der Kommunen durch Bestätigung und Genehmigung vorbehielt, stark vermehrt. Dabei brachte die revidierte StO. auch noch nicht die Beanstandung im

[1]) Grumkow, S. 44.

Sinne des geltenden Rechts. Jedoch haben die Fälle, in denen die Aufsichtsbehörde auf Beschwerde hin über die Gültigkeit von Beschlüssen der städtischen Körperschaften zu entscheiden hatte, eine eingehendere Regelung gefunden, zumal der dürftige Ausbau gerade dieses Gebietes zu heftigen Angriffen gegen die Stein'sche Städteordnung geführt hatte.[2]) So ist nach § 114 Abs. 2 der revidierten StO. die Beschlußfassung der Stadtverordnetenversammlung für den Magistrat nur bindend, wenn der Beschluß nicht den bestehenden Gesetzen widerspricht. Nach § 115 a.a.O. kann der Magistrat, wenn er der Ueberzeugung ist, daß ein Beschluß der Stadtverordneten dem Gemeindewohle nachteilig werde, die Bestätigung versagen und nach vergeblich versuchter Einigung an die Regierung berichten, welche dann über die Rechtmäßigkeit des Widerspruches entscheidet. Hier findet sich also generell — § 184 der StO. von 1808 enhielt eine Beschränkung auf Beschlüsse in Finanzangelegenheiten —, die Möglichkeit, daß bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den beiden städtischen Körperschaften die Aufsichtsbehörde entschied. Ein eigenes Recht zum Einschreiten der Aufsichtsbehörde bestand jedoch nicht. Das zeigt noch § 108 b der revidierten StO., wonach der Vorsitzende im Magistrat Beschlüsse, welche er für gesetzwidrig oder gemeinschädlich hält, auf seine Verantwortlichkeit suspendieren kann und an die Regierung berichten muß. Ebenso verhält es sich mit § 126 der revidierten StO., wonach der Stadtverordnetenversammlung das Recht zusteht, Vernachlässigungen und Pflichtverletzungen des Magistrats, also auch dessen gesetzwidrige Beschlüsse im Wege der Beschwerde zur Anzeige zu bringen. Da in allen Fällen die letzte Entscheidung bei der Regierung lag, können die genannten Bestimmungen der rev. StO. als Vorläufer der echten Beanstandung angesehen werden.

Durch die revidierte Städteordnung von 1831 hatten die freiheitlichen Ideen Steins eine rückläufige Tendenz erfahren. Dasselbe Bild zeigt auch deutlich noch die Rheinische Gemeindeordnung von 1845, die in Anlehnung an diese Entwicklung eine starke Ausweitung der Befugnisse der Aufsichtsbehörde brachte. Erst die Ideen des Jahres 1848 brachten neuen Antrieb.[3]) Die Gemeindeordnung für den preußischen Staat vom 11. März 1850, die ebenso wie die Kreis-, Bezirks- und Provinzialordnung vom gleichen Tage schon durch Gesetz vom 24. V. 1853 wieder aufgehoben wurde, enthält zwar auch noch eine große Zahl von Fällen, in denen die Aufsichtsbehörde sich das Recht der Genehmigung oder Bestätigung kommunaler Beschlüsse vorbehalten hat. Sie bedeutet aber insofern einen entscheidenden Fortschritt als zum ersten Male neben der Einführung der Zwangsetatisierung (§ 141 a.a.O.) die Beanstandung ihre gesetzliche Fixierung erhalten hat. Gemäß § 140 GO. hat der Bürgermeister oder Gemeindevorsteher, wenn der Gemeinderat einen Beschluß gefaßt hat, welcher dessen Befugnisse überschreitet, die Gesetze oder das Staatsinteresse verletzt, von Amts wegen oder auf Geheiß der Staatsverwaltungsbehörde die Ausführung zu untersagen. Aehnliche Bestimmungen enthalten die Art. 31, 35 Abs. 3, 59 Abs. 2 der Kreis-, Bezirks- und Provinzialordnung. Der entscheidende Fortschritt ist vor allem darin zu sehen, daß

[2]) a.a.O. S. 64.
[3]) Erler, Die verwaltungspolitischen Ideen . . . S. 19, 35.

die Aufsichtsbehörde, um tätig zu werden, nicht mehr des Anstoßes durch Beschwerde bedurfte, sondern von sich aus das kommunale Organ zur Beanstandung anweisen konnte. Die Aufsichtsbehörde kann ihre Entscheidung nicht nach freiem Ermessen treffen, da der Beschluß eineVerletzung eines Gesetzes oder des Staatsinteresses[4]) enthalten muß. Die Regelung wie sie § 140 der Gemeindeordnung von 1850 für die Beanstandung getroffen hatte, findet sich in ähnlicher Form in den ihr folgenden kommunalen Gesetzen wie z. B. in § 77 der östl. StO. vom 30. V. 1853, § 83 der StO. f. d. Rheinprovinz vom 15. V. 1856 und § 92 Abs. 2 der StO. f. Schleswig-Holstein wieder. Neben der Beanstandungsbefugnis auf Anweisung der Aufsichtsbehörde regeln aber die genannten Gesetze die selbständige Verpflichtung des Gemeindevorstandes zur Beanstandung gesetzwidriger Beschlüsse (§§ 56, II, 57 II d. östl. StO.), die darüber hinaus auch bei einem Widerspruch des Beschlusses mit dem Gemeindeinteresse zulässig ist.

Für die weitere Entwicklung des Rechts der Beanstandung ist § 178 der Kreisordnung vom 13. XII. 1872 deswegen von Bedeutung, weil durch diese Bestimmung die Befugnis zur Beanstandung auf eine Gesetzesverletzung oder Befugnisüberschreitung beschränkt ist. Wenn auch die Frage der Verletzung des Staatswohls durch den Beschluß nicht eine solche des freien Ermessens bedeutet, so ließ sie doch der Aufsichtsbehörde bei Prüfung des Beschlusses immer ein an den jeweiligen Auffassungen über das Staatswohl gemessenen Spielraum. Die Ausscheidung dieses Begriffes aus dem Kreise der beanstandungsfähigen Beschlüsse muß daher trotz der betonten formalen Tatsache, daß es sich um einen Rechtsbegriff handelt, als ein Fortschritt im Sinne der Begrenzung staatlicher Machtbefugnisse gegenüber den Selbstverwaltungskörpern angesehen werden.

Noch lag aber die Entscheidung über die Gültigkeit eines Beschlusses in Händen der Aufsichtsbehörde selbst, die immerhin in etwa ein parteimäßiges Interesse vertrat.[5]) § 118 der Prov. Ord. vom 29. VI. 1875 entzog erstmalig die Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Beschlusses bzw. die Begründetheit der Beanstandung der Kontrolle der Aufsichtsbehörde und unterwarf sie der Entscheidung eines Verwaltungsgerichtes, also für die Provinz der Entscheidung des nach dem Gesetz vom 3. Juli 1875 neugeschaffenen OVG. Das ist ein weiterer Fortschritt im Sinne rechtsstaatlicher Ideen, weil die Kommunen die Gültigkeit der Beschlüsse ihrer Organe bzw. die Maßnahmen der Aufsichtsbehörde durch ein unabhängiges Gericht nachgeprüft sehen. Einen Mangel im Verfahren bedeutet es aber noch, wenn § 118, Abs. 2 der Prov. Ord.[6]) die Beanstandung in die Form der Anfechtungsklage brachte, also das beanstandende Organ

[4]) Dieser Begriff ist ein Rechtsbegriff, der freies Ermessen nicht einräumt. Bühler, Subj. öffentl. Rechte, S. 27; Peters, Grenzen, S. 237.

[5]) Peters, Grenzen, S. 220.

[6]) Der Oberpräsident ist befugt und verpflichtet, Beschlüsse des Provinziallandtages . . . welche deren Befugnisse überschreiten oder die Gesetze verletzen, von Amtswegen oder auf Veranlassung des Ministers des Innern mit aufschiebender Wirkung anzufechten und sofern eine das Vorhandensein dieser Voraussetzungen begründende schriftliche Eröffnung fruchtlos geblieben ist, über ihre Ausführung eine Entscheidung des OVG. einzuholen. Die Anfechtung erfolgt mittels Klage im Verwaltungsstreitverfahren.

gezwungen wurde, die Rechtmäßigkeit der Beanstandung durch gerichtliches Urteil feststellen zu lassen. Insoweit brachte das Gesetz vom 22. III. 1881 eine Aenderung, als nunmehr nicht die Aufsichtsbehörde gezwungen war, zu klagen, sondern umgekehrt die kommunale Körperschaft, deren Beschluß beanstandet war, die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme im Wege der Klage angreifen konnte. Mit dieser Regelung in den Provinzen, die ihre Parallele für die Kreise in dem Gesetz vom 19. III. 1881 findet, durch das § 69 des Gesetzes über die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden im Geltungsbereich der Provinzialordnung vom 19. VI. 1879 vom 16. Juli 1876 ersetzt wurde, ist die Entwicklung des Beanstandungsrechts für Kreise und Provinzen abgeschlossen.

Für die Städte und Landgemeinden war die Entwicklung, die für Kreise und Provinzen gezeigt wurde, noch nicht Gesetz geworden. Noch immer galten die Bestimmungen, wonach ein Beschluß, insbesondere auch bei Gefährdung des Gemeinwohls auf Anweisung beanstandet werden konnte. Das Zuständigkeitsgesetz vom 16. Juli 1876 hatte keine Regelung für die Städte getroffen. Die zahlreichen anderen Lösungsversuche, insbesondere der Entwurf der StO. von 1876 kamen nicht zustande. Erst das Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 brachte in den §§ 15 u. 29 für Städte und Landgemeinden den heutigen Rechtszustand. Es hätte einen nicht zu verstehenden Rückschlag in der Entwicklung bedeutet, wenn der Vorschlag, der bei Beratung des Gesetzes gemacht wurde, die Worte „entstehendenfalls auf Anweisung der Aufsichtsbehörde" zu streichen, Annahme gefunden hätte.[7]) Denn dann wäre die Bestimmung ihres eigentlichen Charakters als Mittel der Staatsaufsicht enthoben, weil der Aufsichtsbehörde keine eigene Befugnis zustände, die Vernichtung eines rechtswidrigen Beschlusses herbeizuführen.[8])

Neben den Bestimmungen über die Beanstandung auf Grund des Zuständigkeitsgesetzes ist die Befugnis der kommunalen Organe, Beschlüsse auch aus Gründen des öffentlichen Wohls oder des Gemeindeinteresses zu beanstanden, bestehen geblieben. Für unsere Untersuchung müssen aber diese Möglichkeiten ausscheiden, da einmal die Aufsichtsbehörde weder zur Beanstandung anweisen kann, noch eine solche durch Disziplinarstrafen erzwingen kann[9]) und auf der anderen Seite der Beschluß nicht einer Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte unterliegt, sondern die Aufsichtsbehörde mangels einer Einigung zwischen den beiden kommunalen Instanzen zuständig ist (§ 36, 56 Ziff. 2, 57 Ziff. 2 StO. in Verbindung mit § 17 Zuständ.Ges.).

Auf die Regelung, die das Recht der Beanstandung nach dem Referentenentwurf eines Gesetzes über die kommunale Selbstverwaltung finden soll, soll erst nach Erörterung des geltenden Rechtszustandes eingegangen werden, weil dann eine Würdigung der beabsichtigten Neuregelung verständlicher sein wird.

---

[7]) Kommissionsbericht Nr. 158 d. Drucks. d. Abgeordn. Hauses 1882/83 S. 1828. Die Mehrheit wollte mit Recht des Eingriffsrecht der Aufsichtsbehörde ausdrücklich hervorgehoben haben.

[8]) OVG. 65/141. RuPrVBl. 50/193, 271.

[9]) Peters S. 237.

§. 2.

Die Beanstandung nach geltendem preußischen Recht.

I. Die gesetzlichen Bestimmungen.

a) Provinzen

§ 118 Prov.O. ö. vom 29. Juni 1875 (GS. S, 235) in der Fassung des Gesetzes vom 22. März 1881 (GS. S. 234),
§ 118 Prov.O. für Westfalen vom 1. Aug. 1886 (GS. S. 254),
§ 118 Prov.O. für die Rheinprovinz vom 1. Juni 1887 (GS. S. 249),
§ 118 Prov.O. für Schleswig-Holstein v. 27. Mai 1888 (GS. S. 194),
§ 91 Prov.O. für Hessen-Nassau vom 8. März 1885 (GS. S. 247).

b) Kreise.

§ 178 § 54a ö.Kr.O. vom 13. Dezember 1872 (GS. S. 661) in der Fassung des Gesetzes vom 19. März 1881 (GS. S. 155),
§ 106 d. Kr.O. f. Hannover vom 6. Mai 1884 (GS. S, 181),
§ 94 d.Kr.O. für Westfalen vom 31. Juli 1886 (GS. S. 217),
§ 94 d.Kr.O. für die Rheinprovinz vom 30. Mai 1887 (GS. S. 209),
§ 107 d.Kr.O. für Hessen-Nassau vom 7. März 1885 (GS. S. 193),
§ 142 d.Kr.O. für Schleswig-Holstein vom 26. Mai 1888 (GS. S. 139).

c) Städte.

§ 15 Zust.G. vom 1. August 1883 (GS. S. 237) Gemäß § 15 Abs. 2 Zust.G. sind durch diese Bestimmung in Verbindung mit § 164 Zust.G. ersetzt:
§ 77 d. Städte-Ord. ö. vom 30. Mai 1853 (GS. S. 261)
§ 83 d. Städt.Ord. f. d. Rheinprovinz vom 15. Mai 1856, (GS, S. 406).
§ 78 d. Städt.Ord. f. Westfalen vom 19. Februar 1856 (GS. S, 237),
§ 80 d. Gemeinde-Verf. betr. die Gemeinde Frankfurt vom 25. März 1867 (GS. S. 401)
§ 92 Abs. 2 d. Städt.Ord. f. Schleswig-Holstein vom 14. April 1869 (GS. S. 589).
§ 15 Zust.Ges. gilt gemäß § 27 des Gesetzes vom 30. März 1931 (GS. S. 39) auch für die Stadt Berlin.

Neben § 15 Zust.G. ist in Geltung:

§ 88 der Städte.O.f. Hessen-Nassau vom 4. März 1897 (GS. S. 254) Die Städteordnung für die Provinz Hannover vom 24. Juni 1858 (GS. S. I Hannover 141) enthält keine Bestimmung.

d) Landgemeinden.

§ 29 Zust.G. vom 1. August 1883 (GS. S. 237) in Verbindung mit § 146 Abs. 2 LGO. ö., Art. 1 GO. für Schleswig-Holstein, § 118 Abs. 2 der LGO. für Hessen-Nassau, § 109 Abs. 2 Hohenzollernsche GO.

Durch § 29 Zust.Ges. sind ersetzt

§ 37 der GO. für Westfalen vom 19. März 1856 (GS. S. 265),
§ 88 Abs. 2 der GO. für die Rheinprovinz vom 23. Juni 1845 (GS. S. 523)

Neben § 29 Zust.Ges. sind in Geltung:

§ 140 der GO. ö. vom 3. Juli 1891 (GS. S. 233) in Verbindung mit Art. 1 der GO. für Schleswig-Holstein vom 4. Juli 1892 (GS. S. 147).
§ 112 der GO. für Hessen-Nassau vom 4. August 1897 (GS. S. 301)
§ 104 der GO. für Hohenzollern vom 2. Juni 1900 (GS. S. 189).

e) Besondere kommunale Gebilde.

§ 22 Zweckverbands-Gesetze vom 19. Juni 1911 (GS. S. 115).
§ 24 des Gesetzes vom 5. Mai 1920 (GS. S. 286).

II. Die materiellen Voraussetzungen der Beanstandung.

1. Die allgemeinen Voraussetzungen.

Vor Beginn der historischen Entwicklung sind die gesetzlichen Voraussetzungen in allgemeinster Form aufgeführt worden, unter den nach geltendem Recht der Beschluß einer kommunalen Körperschaft beanstandet werden kann. Grundlegende Voraussetzung ist demnach, daß durch den Beschluß die Befugnisse der kommunalen Körperschaft überschritten oder die Gesetze verletzt sind.

Aus dem Wesen der Beanstandung als einem besonderen Mittel staatlicher Aufsichtsmaßnahmen ergibt sich mit Notwendigkeit, daß für die Beanstandung nur Beschlüsse kommunaler Organe in Frage kommen können. Das ist besonders in den Fällen zu beachten, in denen dasselbe Organ zugleich staatliche wie kommunale Aufgaben zu erfüllen hat, wie z. B. der Kreisausschuß.[1]) Daher muß in diesen Fällen bei einer Beanstandung zunächst immer geprüft werden, ob der Beschluß in Kommunalangelegenheiten gefaßt ist und auch nach dem Willen des Organs gefaßt werden sollte.

Im übrigen ist jedoch der Inhalt des Beschlusses für die Frage der Zulässigkeit der Beanstandung gleichgültig. Das OVG.[2]) hat mit Recht die Beanstandungsfähigkeit von Beschlüssen bejaht, auch wenn diese inhaltlich eine Wahl darstellten. Wenn das Gesetz als materielle Grundlage für die Beanstandungsverfügung immer einen rechtswidrigen Beschluß voraussetzt, so sind insofern die Voraussetzungen dieselben wie bei der Anfechtung von Beschlüssen staatlicher Organe gemäß § 126 LVG. Zwar enthalten die Bestimmungen über die Beanstandung nicht den im § 126 LVG. enthaltenen Passus:

> „oder die von der Behörde innerhalb der Zuständigkeit erlassenen Verordnungen übertritt."

Obwohl aber sonst irgendwelche Beziehungen zwischen der Beanstandung kommunaler Beschlüsse und der Anfechtung aus § 126 LVG. nicht bestehen, besteht insoweit materiell kein Unterschied, als in beiden Fällen der Beschluß rechtswidrig sein muß.[3])

Die Verletzung eines Gesetzes liegt immer dann vor, wenn der Beschuß gegen irgend eine Rechtsnorm verstößt.[4]) Als Gesetz

[1]) § 178 ö.Kr.O. OVG. 6/68.
[2]) OVG. 87/74; 87/120; 88/84; Ru.Pr.VBl. 50/571; 52/618.
[3]) Jebens PrVBl. 23/491; Friedrichs, Zuständigkeitsgesetz § 15 Erl. 2; Oertel, 2. Aufl. § 56 Nr. 2 Erl. 3.
[4]) OVG. 41/202; 83/88; RuPrVBl. 47/301; Brauchitzsch Bd. I § 15 Zust.G. Erl. 3; Maull S. 27.
[5]) OVG. 16/292, 54; 20/185; 50/153.

gelten daher neben der Reichs- und Landesverfassung und allen Reichs- und Landesgesetzen sowohl sämtliche gültigen Verordnungen als auch das gesamte örtliche Recht in Form der Ortsstatute[5]) oder bestehender Observanzen.[6]) Eine erschöpfende Aufzählung der Fälle, in denen hiernach ein Beschluß wegen Gesetzwidrigkeit beanstandet werden kann, ist angesichts der Fülle denkbarer Gesetzwidrigkeiten nicht möglich.[7]) Allgemein mag jedoch darauf hingewiesen sein, daß der Beschluß entweder deswegen gesetzwidrig sein kann, weil er unmittelbar gegen eine bestimmte Vorschrift verstößt oder aber deswegen, weil durch seine Ausführung die Anwendung einer zwingenden Vorschrift unterbleiben würde. Nichts für das Beanstandungsrecht Typisches bedeutet es ferner, wenn die unrichtige Auslegung eines Gesetzes auch eine Rechtsverletzung enthält. Die Auslegung eines Gesetzes ist die subjektive Meinung, die der Auslegende einer bestimmten Vorschrift beimißt. Diese ist nur dann von Bedeutung und maßgeblich, wenn sie mit dem objektiven Inhalt der Vorschrift übereinstimmt. Da ein Gesetz nur einen objektiven und in Frage kommenden Sinn hat, ist es unmöglich, eine Grenze zwischen einer Rechtsverletzung und der unrichtigen Auslegung eines Gesetzes zu ziehen und letztere etwa als das geringere gegenüber der ersteren anzusehen. Demnach ist nur der wahre Sinn des Gesetzes entscheidend.[8]) Maßgebend für die Frage, ob tatsächlich eine Rechtsverletzung vorliegt und die Beanstandungsverfügung zu Recht ergangen ist, ist die tatsächliche Existenz des Beschlusses und nicht die Gründe, die zu der Entscheidung führten.[9]) Der Verwaltungsrichter ist bei Prüfung der Frage der Gesetzwidrigkeit des Beschlusses insbesondere nicht auf die in der Beanstandungsverfügung angegebenen Gründe beschränkt, sondern nach den Grundsätzen der allseitigen Kognition berechtigt und verpflichtet, den Beschluß auf seine Rechtsmäßigkeit hin zu prüfen. Die den Beschluß bedingenden Gründe können aber, wenn dieser selbst in Ordnung geht, nicht beanstandet werden.[10]) Ein Beschluß, der zur Zeit, als das kommunale Organ ihn gefaßt hat, den geltenden Bestimmungen entsprach, kann nicht deswegen beanstandet werden, weil sich inzwischen die rechtliche Grundlage verändert hat,[11]) da der Verwaltungsrichter die Rechtmäßigkeit der Beanstandungsverfügung nachzuprüfen hat, und daher den Rechtszustand bei deren Erlaß zu Grunde legen muß.

Wenn oben gesagt wurde, daß eine erschöpfende Aufzählung von gesetzwidrigen Beschlüssen nicht möglich sei, so kann jedoch ein klareres Bild durch eine Ausscheidung der Grenzfälle gewonnen werden, in denen ein beanstandungsfähiger Beschluß nicht vorliegt.

Da eine Rechtswidrigkeit immer nur in einem Verstoß gegen eine generelle Norm gefunden werden kann, kann ein Beschluß, der sich nur mit einer vertraglichen Verpflichtung der durch die be-

[6]) Vergleiche Anm. 5.

[7]) Aus der Fülle der Rechtsprechung seien angeführt: 76/35; 78/69; 79/15; 80/72; 82/101; 83/88 u. 84/120.

[8]) So mit Recht das OVG. 7/115; 80/122; Peters Grenzen, S. 236 Anm. 9; Jebens Pr.V.Bl. 17/491. Interessant ist das Bestreben mod. Gesetze, in diesem Punkte dem Richter Richtlinien zu geben. So z. B. § 9 RAo. vom 22. Mai 1931 (RGBl. I. S. 161) und § 63 des Gesetzes über das bäuerliche Erbhofrecht vom 15. V. 1933 (GS. S. 165).

[9]) OVG. 84/122.

[10]) Neuwiem S. 247; OVG. 69/346; 71/136.

[11]) OVG. 82/1906; RuPrVBl. 52/616.

schließende Körperschaft vertretenen Kommune in Widerspruch setzt, nicht beanstandet werden. Denn die Bindung an eine vertragliche Verpflichtung kann nicht als ein Bestandteil des für die betreffenden Kommune geltenden Rechts angesehen werden.[12]) Es bleibt natürlich der durch den Beschluß geschädigten Partei unbenommen, wegen Verletzung ihrer vertraglichen Ansprüche vor dem ordentlichen Gericht zu klagen. Die Möglichkeit einer Beanstandung würde zu dem Ergebnis führen, daß die Aufsichtsbehörde bezw. das Verwaltungsgericht, denen durch die Beanstandung lediglich eine Kontrolle über die öffentlich-rechtliche Pflichtstellung des subjizierten Verbandes gegenüber dem Staat, wie sie sich aus den Erörterungen über den Begriff der Selbstverwaltung im ersten Teil dieser Arbeit ergibt, zusteht, über eine rein zivilrechtliche Streitigkeit zu entscheiden haben würden. Schon dieser Gedanke läßt erkennen, daß mit der Rechtswidrigkeit eines Beschlusses nicht auch schon seine Beanstandungsfähigkeit bejaht werden kann. Es muß vielmehr immer der Grundgedanke festgehalten werden, daß es sich um ein besonders geregeltes Verfahren und einen besonders umschriebenen Aufgabenkreis der Staatsaufsichtsbehörde gegenüber den eingegliederten Selbstverwaltungskörpern und gerade um die rechtlichen Fragen handelt, die sich aus dieser Eingliederung in das Ganze ergeben. Nur von diesem Gesichtspunkt aus, wird eine Entscheidung des OVG.[13]) verständlich, in der die Beanstandungsfähigkeit eines Beschlusses verneint wurde, der die Gehaltsbezüge der städtischen Angestellten entgegen den Bestimmungen eines bestehenden Tarifvertrages festsetzte. Obwohl nach der herrschenden Auffassung in der arbeitsrechtlichen Literatur ein Tarifvertrag im Hinblick auf seinen normativen Teil als objektive Rechtsnorm angesehen werden muß.[14]) mithin ein rechtswidriger Beschluß vorlag, wird man dem Ergebnis der Entscheidung zustimmen müssen, da es dem betroffenen Angestellten unbenommen bleibt, trotz des Beschlusses die ihnen nach dem Tarifvertrag zustehenden Bezüge vor dem Arbeitsgericht einzuklagen. Eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts über die Gültigkeit des Beschlusses würde inhaltlich eine rein privatrechtliche Entscheidung darstellen, die ihrem Wesen nach nicht in den Aufgabenbereich der Staatsaufsichtsinstanzen gehört.

Eine Verletzung des Gesetzes ist von der Rechtsprechung mit Recht dann nicht für gegeben erachtet worden, wenn nach dem Beschluß ein streitiger Anspruch mit den gesetzlichen Mitteln durchgefochten werden soll. Denn ein solcher Beschluß kann nicht deswegen für rechtswidrig angesehen werden, weil die Aufsichtsbehörde den Anspruch für unbegründet hält.[15]) Das liegt gedanklich in derselben Richtung, daß nämlich die Rechtsverhältnisse der Kommune als Subjekt des Privatrechts nicht der Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde unterworfen sind, da die Pflicht der Kommunen, ihren privatrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen, durch die ordentlichen Gerichte genügend sicher erzwungen werden kann.

Nicht ohne weiteres unterliegt der Beanstandung ein Beschluß dann, wenn er sich mit den Anordnungen der Aufsichtsbehörde in Widerspruch setzt. Denn die Anordnung selbst ist keine Rechtsnorm,

---

[12]) OVG. in RuPrVBl. 51/706.
[13]) OVG. 89/65 zum folgenden Peters S. 221, Oertel, 7. Aufl. S. 621.
[14]) Hueck-Nipperdey Bd. II § 12 S. 115 ff.
[15]) OVG. 56/38; PrVBl. 48/79.

sondern nur eine auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung ergangene Verfügung. Wenn und insoweit daher der Beschluß einer kommunalen Körperschaft sich nicht in Einklang befindet mit den obrigkeitlichen Anordnungen, muß bei Prüfung der Rechtmäßigkeit der Beanstandung untersucht werden, ob die Anordnung innerhalb des Rahmens der Befugnisse der Aufsichtsbehörde getroffen ist. Nur bei Bejahung dieser Frage enthält der Beschluß eine Gesetzwidrigkeit, nämlich eine Verletzung der den Kommunen obliegenden Rechtspflicht, den rechtmäßigen Anordnungen der Aufsichtsbehörde Folge zu leisten. Die Existenz einer solchen Rechtspflicht ergibt sich wiederum aus den Erörterungen des ersten Teils, nach denen die Kommunen dem Staate ihr Dasein verdanken. Das OVG. hat daher in der bekannten Entscheidung wegen des Flaggenstreites der Stadt Potsdam, die sich weigerte, ihre öffentlichen Gebäude mit den Reichsfarben zu beflaggen, geprüft, ob die Anordnung des Staatsministeriums rechtlich zulässig war.[16])

Ein Beschluß braucht nicht seinem ganzen Inhalte nach gesetzwidrig zu sein. Dann entsteht die Frage, ob mit der Beanstandungsfähigkeit eines Teils des gefaßten Beschlusses auch der übrige Teil von der Aufhebung durch die Beanstandungsverfügung erfaßt wird. Hier wird man die Entscheidung unter freier Anwendung des für das Privatrecht im § 139 BGB. gesetzlich fixierten Grundsatzes, der seiner Natur nach für jedes Rechtsgebiet entsprechende Geltung beanspruchen kann, darauf abstellen müssen, ob der Beschluß ein geschlossenes Ganze unselbständiger Teile bildet oder ob der nicht von der Rechtswidrigkeit erfaßte Teil des Beschlusses für sich selbständige Geltung beanspruchen kann. Wenn man dann noch die weitere Frage bejahen kann, daß die kommunale Körperschaft bei Kenntnis der Fehlerhaftigkeit des Teils des gefaßten Beschlusses wenigstens den Rest aufrechterhalten würde, wird man die Beanstandung nur des fehlerhaften Teiles des Beschlusses für zulässig erachten müssen. Demgemäß hat die Rechtsprechung auch die Möglichkeit einer teilweisen Zurückweisung der Klage gegen die Beanstandungsverfügung bejaht.[17])

Der Beanstandung wegen Gesetzwidrigkeit unterliegen auch solche Beschlüsse, die zwar nicht ihrem Inhalt nach dem geltenden Rechte widersprechen, jedoch unter Verletzung formeller Vorschriften zustandegekommen sind. Die Vorschriften über die Einberufung, Abstimmung und Beschlußfähigkeit kommunaler Körperschaften sind Garantien für deren zweckmäßiges Arbeiten, deren Nichtbeachtung ebenso die Beanstandung des Beschlusses rechtfertigen muß, wie dessen materieller Inhalt, wenn er dem Gesetz widerspricht.[18])

Nach dem Gesetz ist eine Beanstandung auch dann zulässig, wenn die kommunale Körperschaft durch den Beschluß ihre Befugnisse überschritten hat. Die Gegenüberstellung der Befugnisüberschreitung gegenüber der Gesetzesverletzung müßte bei oberflächlicher Betrachtungsweise darauf schließen lassen, daß beide Begriffe Gegensätze wären. Das Gegenteil ist aber der Fall. Zwar ist nicht jede Gesetzesverletzung immer eine Ueberschreitung der Befugnisse

[16]) OVG. 82/82; RuPrVBl. 48/538; 83/88 = RuPrVBl. 50/271; vgl. hierzu das Gesetz vom 29. III. 1929 (GS. S. 23); Loschelder, Städteordnung Erl. 2 a zu § 77.

[17]) OVG. RuPrVBl. 50/273.

[18]) OVG. 41/42; 51/19; 64/188; 78/220; RuPrVBl. 48/100.

der beschließenden Körperschaft in dem engeren vom Gesetz gemeinten Sinne, wohl aber ist in jeder Befugnisüberschreitung zugleich eine Gesetzesverletzung zu sehen. Denn einmal kann eine solche Befugnisüberschreitung in einem Verstoß gegen die im Gesetz genau umschriebenen Zuständigkeitsvorschriften, die den Aufgabenkreis des betreffenden kommunalen Organs umgrenzen, wie z. B. die Abgrenzung der Aufgaben von Magistrat und Stadtverordnetenversammlung gemäß §§ 56, 57 ö.St.O., liegen. Es bedarf keines besonderen Nachweises, daß in diesem Falle die Ueberschreitung der Befugnisse eine Gesetzesverletzung enthält.[19]) Eine Befugnisüberschreitung liegt aber auch immer dann vor, wenn der Beschluß über den Rahmen desjenigen Aufgabenkreises hinausgeht, der dem durch die beschließende Körperschaft vertretenem Selbstverwaltungsverband infolge seiner Einordnung in das Staatsganze und infolge der Natur seiner Zweckbestimmung gesetzt ist. Dann liegt zugleich auch eine Rechtsverletzung insofern vor, als die Einordnung aller kommunalen Verbände in den Staat und ihr infolge dieser natürlichen Abhängigkeit umgrenzter Aufgabenkreis Teil des objektiven positiven Rechts ist. Man wird daher eine Gegenüberstellung von Rechtsverletzung und Befugnisüberschreitung nicht als begründet anerkennen können[20]) und eben nur von einem ungenauen Ausdruck des Gesetzes sprechen müssen. Der Entwurf einer Städteordnung von 1876 sah demgegenüber schärfer die Fassung vor, daß ein Beschluß beanstandungsfähig sein solle, falls er die Befugnisse der beschließenden Körperschaft überschreite oder sonst die Gesetze verletze.[21])

Für die Frage, wann im einzelnen Falle die kommunale Körperschaft ihre Befugnis überschreitet, können die Erörterungen des ersten Teiles der Arbeit über den Aufgabenkreis der Kommunen als Grundlage herangezogen werden. Demnach kommt es entscheidend darauf an, ob der Beschluß in die typische Situation gerade dieser Gemeinde oder dieses Gemeindeverbandes hineinpaßt. Allgemeine Fragen der Politik oder der Beziehungen zwischen Staat und Kirche sind der Zweckbestimmung der Kommunen wesensfremd und können daher nicht zum Gegenstand einer Entschließung ihrer Körperschaften gemacht werden.[22]) Eine Ueberschreitung der Befugnisse liegt auch dann vor, wenn die Gemeinde oder ein sonstiger Kommunalverband eine Auftragsangelegenheit als Selbstverwaltungsaufgabe behandelt und sich durch den von ihrem Organ gefaßten Beschluß in Widerspruch setzt zu der von der Aufsichtsbehörde getroffenen bindenden Anordnung. Denn dann verstößt der Beschluß gegen den Rechtsgrundsatz des öffentlichen Rechts, daß die Kommune insoweit als der staatlichen Hierachie eingebaute Behörde den unmittelbaren Anweisungen der Aufsichtsbehörde Folge leisten muß.[23]) Ueber die im einzelnen schwierige Abgrenzung, ob eine Angelegenheit eigene der Gemeinde oder Auftragsangelegenheit ist, ergeben die Ausführungen des ersten Teils Aufschluß. Es zeigt sich auch hier wieder deutlich, daß die Ueberschreitung der Befug-

---

[19]) OVG. 52/23; RuPrVBl. 52/616.

[20]) Loschelder St.O. S. 311; Peters S. 236; Maull S. 29.

[21]) Grumkow S. 113.

[22]) VerwArch. 31/243; OVG. 48/35; 56/257; 82/84. Bleek-Loschelder § 140 Erl. III, 2 b.

[23]) OVG. 78/72, 80; Friedrichs, Verw.Arch. 30/83.

nisse immer und notwendig eine Gesetzesverletzung enthält und erstere daher nur als ein Sonderfall der letzteren angesehen werden kann.

2. Die besonderen Voraussetzungen.

Man könnte der Meinung sein, daß mit den bisherigen Untersuchungen über die Rechtswidrigkeit der Beschlüsse kommunaler Körperschaften die materiellen Voraussetzungen der Beanstandung bereits erschöpfend behandelt seien. Daß diese Ansicht unrichtig ist, haben jedoch schon die Ausführungen über die Natur der Beanstandung als einem konkreten Rechtsbehelf der Staatsaufsichtsbehörde gegenüber den Kommunen ergeben. Im folgenden sollen daher die besonderen Voraussetzungen angeführt werden, die nach der ständigen Rechtsprechung des OVG. für die Beanstandungsfähigkeit kommunaler Beschlüsse erforderlich sind. Diese Rechtsprechung, die im Ergebnis eine weite Einschränkung des Kreises der beanstandungsfähigen Beschlüsse bedeutet, ist nur verständlich, aus der historischen Entwicklung dieses Rechtsinstitutes sowie aus dem Wesen der Beanstandung als einem Repressivmittel staatlicher Aufsichtsmaßnahmen.

Die Beanstandung dient wesentlich dem Zweck, eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Tätigkeit der Selbstverwaltungskörper sowie ihrer beschließenden Organe zu garantieren und insbesondere zu verhindern, daß rechtswidrige Beschlüsse zur Ausführung gelangen. Dieser Grundgedanke macht die Rechtsprechung verständlich, wonach ein Beschluß nur dann beanstandet werden könne, wenn eine Ausführung desselben zu besorgen sei. Nicht die Umstoßung des unzulässigen Beschlusses als solchen ist das eigentliche Ziel der Beanstandung, sondern das mit seiner Umstoßung notwendig verknüpfte Unterbleiben der Ausführung. Man hat diese Einschränkung der Möglichkeit einer Beanstandung schon durch den Wortlaut des Gesetzes, das sich jeweils des Ausdrucks „mit aufschiebender Wirkung beanstandet" bedient, beweisen wollen. Mit Recht hat jedoch Jebens[24]) darauf hingewiesen, daß der Wortlaut des Gesetzes allein als ausreichendes Argument für dessen oben umschriebene Auslegung nicht angesehen werden kann, weil es sehr wohl möglich ist, daß der zitierte Passus des Gesetzes nur für die Beschlüsse Bedeutung haben soll, deren Ausführung bevorsteht und durch die erfolgte Beanstandung gehemmt werden soll.

Beanstandet werden können also solche rechtswidrigen Beschlüsse nicht, die unangefochten keine positive Wirkung äußern.[25]) Eine solche Begrenzung des Kreises der beanstandungsfähigen Beschlüsse, die durch die ständige Rechtsprechung des OVG. nahezu zu einem Gewohnheitsrecht geworden ist, muß als begründet angesehen werden. Zunächst würde der Beanstandungsverfügung bezw. der Entscheidung des Verwaltungsgerichts, das über deren Gültigkeit zu befinden hätte, lediglich theoretische Bedeutung zukommen.[26])

---

[24]) Jebens RuPrVBl. 17/490.

[25]) OVG. 69/242 (Diese Entscheidung enthält eine erschöpfende Bezugnahme auf die bis dahin ergangene Rechtsprechung); 74/47; 76/41; 77/113; 78/69; 81/156; RuPrVBl. 46/266; 47/432; 49/739; 51/618.

[26]) Peters, S. 236; Neuwiem S. 246; Jebens a.a.O.

Denn die Feststellung des Verwaltungsrichters, daß ein Beschluß negativen Inhalts nicht mit den Gesetzen in Einklang steht, würde niemals die Wirkung haben können, daß nunmehr durch die Vernichtung des rechtswidrigen Beschlusses ein der tatsächlichen Lage entsprechender Beschluß positiven Inhalts existent geworden wäre. Die Aufhebung des rechtswidrigen Beschlusses ist auch weder tatsächliche noch rechtliche Voraussetzung für eine Entschließung der kommunalen Körperschaft in umgekehrtem Sinne. Diese würde, auch wenn der frühere Beschluß durch eine gerichtliche Entscheidung für nichtig erklärt würde, bei einer neuen Entschließung nicht an dieses Urteil gebunden sein und einen bestimmten Beschluß im positiven Sinne fassen müssen. Der Entscheidung des Verwaltungsgerichts würde im Höchstfall gutachtliche Bedeutung für die neue Beschlußfassung beizumessen sein. Daß darin aber nicht der Sinn der richterlichen Entscheidung liegt, deren Wirkung ihrem Wesen nach in der Vollstreckbarkeit, nicht in ihrer mehr oder minder großen autoritativen Bedeutung besteht, hat das OVG.[27]) mit Recht betont. Daher ist auch entgegen der Auffassung von Jellinek die Ansicht der Rechtsprechung richtig, daß ein Beschluß des Gemeinderats, einen rechtswidrigen Beschluß der Gemeindevertretung nicht zu beanstanden, nicht beanstandungsfähig sei. Denn dessen Vernichtung durch eine Beanstandungsverfügung würde keinen Beschluß des Gemeinderats ersetzen, inhalts dessen dieser tatsächlich die Beanstandung beschlossen haben würde.[28]) Der Gemeinderat könnte auch ohne weiteres bei erneuter Beschlußfassung die Beanstandung beschließen und dadurch den alten Beschluß inhaltlich aufheben, er wäre hierzu aber auch beim Vorliegen einer Entscheidung, durch den der erste Beschluß aufgehoben wurde, so lange rechtlich nicht unmittelbar gezwungen, als er nicht seitens der Aufsichtsbehörde zu Beanstandung angewiesen wäre. Könnte schon die völlige Bedeutungslosigkeit der Beanstandung bei Beschlüssen, deren Ausführung ihrem Inhalte nach nicht zu besorgen ist, allein die Rechtsprechung des OVG. rechtfertigen, so ist dieser aber auch deswegen anzuerkennen, weil durch sie eine Beschränkung der Befugnisse der Aufsichtsbehörde auf das unbedingt notwendige Maß herbeigeführt wird.

Im Folgenden sollen diejenigen Gruppen betrachtet werden, bei denen im einzelnen die Beanstandungsfähigkeit eines Beschlusses zu verneinen ist, weil dieser keine positive Wirkung hat, da durch deren Herausschälung wiederum ein klareres Bild der wirklich unzulässigen Beschlüsse gewonnen werden kann.

Zunächst kommen solche Entschließungen in Betracht, die nur die in die Form eines Beschlusses gefaßte Willenserklärung, Meinungsäußerung oder Rechtsansicht der betreffenden kommunalen Körperschaft darstellten.[29]) Wenn sich in dieser rein deklaratorischen Wirkung die ganze Bedeutung des Beschlusses erschöpft, würde seine Aufhebung durch eine Beanstandungsverfügung keine praktische Bedeutung haben, da der Beschluß seinem Inhalte nach durch die Kundgabe der Erklärung bereits ausgeführt ist. Das OVG. hat daher mit Recht die Möglichkeit einer Beanstandung eines Beschlusses verneint, durch den die Stadtverordnetenversammlung die Mißbilli-

[27]) OVG. 6/70.
[28]) Jellinek, Lehrb. S. 255; OVG. 65/139.
[29]) OVG. 52/27; 63/97; 67/87; 56/616; PrVBl. 49/510 u. 910

gung, die dem Stadtoberhaupt seitens des Ministers ausgesprochen war, als einen Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht feststellte und gleichzeitig dem Oberbürgermeister das vollste Vertrauen aussprach.[30]) Es entsteht jedoch gerade bei den Fällen, die dieser Entscheidung ähnlich gelagert sind, häufig die große praktische Schwierigkeit, ob sich die ganze Bedeutung des Beschlusses in dieser feststellenden Wirkung erschöpft. Soweit nämlich der Beschluß nicht nur die Rechtsauffassung der beschließenden Körperschaft für den konkreten Fall in feststellender Form kundgibt, sondern wegen der Wichtigkeit und Häufigkeit ähnlicher Fälle seiner Tendenz nach auch als Maxime und Grundlage für die später eintretenden Fälle dienen soll, übt der Beschluß positive Wirkung aus, sodaß für eine Beanstandung wiederum Raum ist. So ist die Beanstandung eines Beschlusses für begründet erklärt worden, durch den der Magistrat die Teilnahme von Dissidenten an Abstimmung in Religionsangelegenheiten für zulässig erklärt, weil der Beschluß als Grundlage für die Teilnahme von Dissidenten auch an zukünftigen derartigen Abstimmungen dienen konnte.

Dieselbe Schwierigkeit in der praktischen Wertung des Beschlusses ist bei Prüfung der Frage zu überwinden, ob die Entschließung der kommunalen Körperschaft nur negative Wirkung hat. Da derartige Beschlüsse an dem bestehenden Zustand nichts ändern, weil beschlossen ist, daß etwas nicht geschehen soll, ist auch in diesen Fällen für eine Beanstandung kein Raum. Denn die Vernichtung des Beschlusses würde nicht einen der Lage entsprechenden Beschluß positiven Inhalts existent werden lassen und auch nicht Voraussetzung für die Entschließung der Kommune im positiven Sinne sein. Für die Frage, ob der Beschluß nur negative Bedeutung hat, kann selbstverständlich seine äußere Form nicht entscheidend sein. Es kommt vielmehr allein darauf an, ob durch den Beschluß in irgend einer Weise an dem bestehenden Zustand etwas geändert und etwas inhaltlich Neues erzwungen werden soll. Demgemäß ist der Beschluß der Stadtverordnetenversammlung, durch den sie ihre Weigerung, am Verfassungstage zu flaggen,[31]) kundgibt, ebensowenig beanstandungsfähig wie die Entschließung des Schulvorstandes, entgegen den Anordnungen der Aufsichtsbehörde für den katholischen Religionsunterricht kein Zimmer zur Verfügung zu stellen,[32]) da die Aufhebung der Beschlüsse doch nicht die Beflaggung der Gebäude bezw. die Bereitstellung des Zimmers zur Folge haben würde. Auf der anderen Seite hat das OVG. einen Beschluß, durch den die Aussagegenehmigung für einen Beamten verweigert wurde, deswegen für beanstandungsfähig erklärt, weil durch diesen tatsächlich die Vernehmung des Beamten verhindert werden konnte, sodaß der Beschluß positive Wirkungen äußerte.[33])

Wenn man auch grundsätzlich der ständigen Rechtsprechung des OVG. beipflichten kann und eine Beanstandung rein negativer Beschlüsse für unzulässig erachten muß, so kann man doch nicht der Ansicht Loschelders[34]) folgen, daß solche Beschlüsse, eben weil sie keine positive Wirkung äußern könnten, auch nicht die Befugnisse

---

30) RuPrVBl. 47/132.
31) RuPrVBl. 46/488.
32) OVG. 69/242.
33) OVG. 74/47; vgl. auch RuPrVBl. 51/116.
34) Loschelder StO. S. 312; Bleek-Loschelder S. 140.

der beschließenden Körperschaft überschritten oder die Gesetze verletzten. Erste Voraussetzung für die Begründung der Beanstandungsverfügung ist die Gesetzwidrigkeit des in Frage kommenden Beschlusses. Damit ist jedoch die Begründung der Beanstandung noch nicht unbedingt bejaht, sondern die letzte Entscheidung ist davon abhängig, ob die besonderen der Beanstandung noch entgegenstehenden Einschränkungen nicht gegeben sind. Es ist aber ein falscher Schluß anzunehmen, die Rechtswidrigkeit eines Beschlusses entfalle deswegen, weil der Beschluß wegen Vorliegens dieser Einschränkungen nicht beanstandungsfähig ist. Es ist nicht einzusehen, warum die Entschließung einer von einer kommunistischen Mehrheit beherrschten kommunalen Körperschaft, daß das Idealbild der Staatsform die Idee des Sowjetstaats sei, nicht rechtswidrig sein soll.[34a]) Die Ansicht Loschelders ist letztlich auch nur aus der Rechtsprechung des OVG. verständlich. In allen Entscheidungen wird nämlich die Untersuchung darüber vorausgeschickt, ob die Beanstandung zulässig ist, d. h. ob ein beanstandungsfähiger Beschluß vorliegt.[35]) Erst bei Bejahung dieser Frage folgt eine Untersuchung darüber, ob der Beschluß die Gesetze verletzt. Man wird gegen die Art dieser Begründung solange nichts einwenden können, als den Parteien mit einer langen Erörterung über die Rechtswidrigkeit des Beschlusses dann nicht gedient ist, wenn schließlich die Möglichkeiten der Beanstandung aus den besonderen durch die Rechtsprechung gefundenen Einschränkungen verneint wird. Diese rein praktische Methode im Aufbau der Entscheidungsgründe darf aber nicht zu der Meinung verleiten, als sei ein Beschluß, der keine positive Wirkung hat, damit auch nicht rechtswidrig. Die Frage nach der Rechtswidrigkeit und nach der Beanstandungsfähigkeit eines Beschlusses erscheint insofern nicht kongruent, als für letztere nicht alle rechtswidrigen Beschlüsse in Betracht kommen, sondern nur solche, die neben der Rechtswidrigkeit noch andere Voraussetzungen erfüllen. Eine Gegenüberstellung der Frage, ob ein Beschluß positive Bedeutung hat und ob er den Gesetzen widerspricht, kann inbezug auf die Beanstandung nicht dahin erfolgen, daß die Prüfung der ersten Frage die Zulässigkeit und erst die zweite Frage die Begründung der Klage betreffe. Vielmehr gehören beide Fragen in den Bereich der materiellen Prüfungen des Verwaltungsrichters.

Die konsequente Durchführung des Grundgedankens, daß für eine Beanstandung nur dann Raum sein könne, wenn ein durch den Beschluß beabsichtigter rechtswidriger Tatbestand noch verhindert werden könne, hat dazu geführt, daß die Zulässigkeit für Beanstandungen dann verneint wurde, wenn der Beschluß bereits ausgeführt war. Auch hier würde gemäß den oben ausgeführten Grundsätzen eine Beanstandung ihren eigentlichen Zweck verfehlen. Praktisch wird man eine Unterscheidung zwischen solchen Beschlüssen machen müssen, die ihrer Natur nach auf die Herbeiführung

---

[34a]) Diese vor der nationalen Revolution sowohl theoretisch wie praktisch gegebene Möglichkeit ist nunmehr auch rechtlich nicht mehr vorhanden. (Vorläufiges Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vom 31. III. 1933 (R.G.Bl. 153) Vergleiche auch JW. 1933, 1160. —

[35]) Typisch etwa OVG. Bd. 69/242; 78/69; RuPrVBl. 48/137; 51/618; 52/616.

[36]) OVG. 27/91; 59/48; 64/144; 84/134; RuPrVBl. 48, 137.

eines einmaligen Rechtserfolges abzielen und demgemäß durch dessen Erreichung vollkommen ausgeführt sind und solchen Beschlüssen, die trotz ihrer Ausführung auch für die Zukunft Bedeutung haben, bei denen mithin eine Beanstandung noch praktische Bedeutung haben kann.[36]) Demgemäß ist mit Recht die Beanstandungsfähigkeit eines Beschlusses verneint worden, durch den der Gemeindevorstand zum Abschluß eines Vertrages ermächtigt wurde, weil zur Zeit der Beanstandungsverfügung der Vertrag bereits abgeschlossen war. Mit dem Abschluß des Vertrages war bereits die Bindung der Gemeinde eingetreten und diese konnte auch nicht durch die nachträgliche Vernichtung des zugrundeliegenden Beschlusses wieder entfallen, da dessen Gültigkeit für die Rechtswirksamkeit des Vertrages nicht von Bedeutung ist.[37]) Aus demselben Grunde war für die Beanstandung des Beschlusses eines Kreisausschusses, nach dem die Kreissparkasse den Sparern einen Vorschuß auf deren Aufwertungsguthaben gewähren sollte, deswegen kein Raum mehr, weil die Zahlungen vor der Beanstandungsverfügung bereits erfolgt waren.[38]) Dagegen hat das OVG. die Beanstandung eines Beschlusses für begründet gehalten, inhaltsdessen die Gemeinde eine Petition beim preußischen Landtag einbringen wollte, obwohl dieser Beschluß bereits dem Landtagsbüro zugegangen war. Wenn dieser damit auch als bereits ausgeführt angesehen werden konnte, so war doch deswegen für eine Beanstandung noch Raum, weil der Beschluß jedenfalls in seinen Rechtswirkungen noch nicht erschöpft war. Die Entscheidung hält die Gemeinde wegen der aufschiebenden Wirkung der Beanstandungsverfügung sogar für verpflichtet, eine Vollziehung des Beschlusses zu verhindern und wenigstens vorläufig die Petition zurückzuziehen.

Mit ähnlicher Begründung hat die Rechtsprechung eine völlige Erschöpfung der Rechtswirkungen eines Beschlusses verneint, durch den die Bezüge eines Beamten in gesetzwidriger Weise festgesetzt waren. Grundlage für die Stellung und Gehaltsregelung des betroffenen Beamten war und blieb der Beschluß, der nur durch die Beanstandung vernichtet werden konnte.[39]) Befremdend mag zunächst eine der jüngsten Entscheidungen sein,[40]) wonach ein Beschluß, durch den zwei Dauerangestellte zu Beamten ernannt waren und ihnen auf Grund des Beschlusses bereits die Anstellungsurkunden ausgehändigt waren, noch beanstandungsfähig sein soll. Das OVG. lehnt ausdrücklich eine Parallele zu dem bereits behandelten Falle, bei dem der Gemeindevorstand auf Grund eines rechtswidrigen Beschlusses der Gemeindevertretung einen Vertrag abgeschlossen hatte, ab, weil alle Rechtswirkungen, die sich aus der Umwandlung des Angestellten in ein Beamtenverhältnis ergäben, auf dem Beschluß beruhten, und dieser daher in seinen Rechtswirkungen durch die Aushändigung der Anstellungsurkunden keineswegs erschöpft worden sei. Die Aushändigung der Anstellungsurkunden kann höchstens eine Teilausführung des Beschlusses darstellen, nämlich die Begründung der Beamteneigenschaft, wobei der Inhalt des so begründeten Rechtsverhältnisses immer noch aus dem Beschluß zu bestimmen ist.

[37]) OVG. 27/91.
[38]) PrVBl. 48/137.
[39]) OVG. 64/144.
[40]) OVG. 84/134.

Am interessantesten erscheint die Rechtsprechung des OVG. zu der Frage der Beanstandung solcher Beschlüsse, die der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedürfen oder die erst, wie insbesondere bei Wahlen, durch Bestätigung der Aufsichtsbehörde volle Wirksamkeit erlangen können. Auch hier zwingt der ständig wiederkehrende Grundsatz, daß nur solche Beschlüsse beanstandet werden können, die unangefochten rechtliche Wirkungen äußern können. zu wichtigen Einschränkungen.

Solange ein Beschluß nicht genehmigt oder eine Wahl nicht bestätigt worden ist, ist eine Beanstandung nicht zulässig. Denn ebenso wenig wie ein nicht genehmigter Beschluß irgendwelche rechtliche Wirkung hat, die bereits Grundlage für die Entschlußfreiheit der ausführenden Organe sein und durch eine Beanstandung ausgeräumt werden könnte, hat eine Wahl, die noch der Bestätigung bedarf, irgendwelche rechtliche Bedeutung etwa in dem Sinne, daß der Gewählte einen Rechtsanspruch auf die Bestätigung hätte oder amtliche Funktionen auszuüben in der Lage wäre. Da mithin durch die Beanstandung der ihrem Wesen immanente Zweck die Ausführung rechtswidriger Beschlüsse zu verhindern, nicht erreicht werden könnte, hat das OVG. in ständiger Rechtsprechung deren Zulässigkeit verneint.[41]) Dabei spielte neben der erwähnten grundsätzlichen Erwägung mit Recht auch die Tatsache eine Rolle, daß sonst gleichzeitig die Aufsichtsbehörde als Verwaltungsinstanz und der Verwaltungsrichter mit der Prüfung der Gültigkeit des Beschlusses befaßt wäre.[42]) Denn die Verwaltungsbehörde ist bei Prüfung der Frage, ob sie den Beschluß genehmigen bzw. die Wahl bestätigen soll, ebenso wie sie die Zweckmäßigkeit des Beschlusses nachzuprüfen berechtigt ist, auch verpflichtet, diesen auf seine Gesetzmäßigkeit hin zu untersuchen. Würde daher schon allein die doppelte Beschäftigung zweier staatlicher Instanzen mit der Prüfung derselben Frage gegen die Zulassung der Beanstandung sprechen, so wird die rechtliche Unzulässigkeit eines solchen Verfahrens noch klarer, wenn die Verwaltungsbehörde sei es aus rechtlichen oder aus anderen Gründen zur Versagung der Genehmigung gelangt. Denn dann wäre der Beschluß schon ohnehin bedeutungslos, und die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes jedenfalls überflüssig.[43]) Aber selbst dann, wenn die Entscheidung des Gerichts, durch die die Ungültigkeit des Beschlusses festgestellt wurde, der Entschließung der Aufsichtsbehörde zuvorkommen würde, würde damit auch kein Beschluß positiven Inhalts, der Grundlage für die Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde sein könnte, geschaffen sein.

Die Rechtsprechung war gezwungen, von dem Grundsatze, daß alle Beschlüsse, die noch einer Bestätigung oder Genehmigung bedürfen, von der Beanstandung ausgeschlossen seien, dann eine Ausnahme zu machen, wenn eine Durchführung des Beschlusses auch ohne Genehmigung oder Bestätigung durch die Aufsichtsbehörde zu befürchten ist. Sofern die kommunale Vertretungskörperschaft eine Genehmigung des Beschlusses nicht für erforderlich hält oder jedenfalls eine solche einzuholen nicht beabsichtigt, muß mittels der

---

[41]) OVG. 6/68; 24/21; 27/90; 51/55; 78/47, 81/156 = PrVBl. 48/156; PrVBl. 49/910; 51/115; 52/618.

[42]) Schmidt-Oldenbreit S. 375.

[43]) OVG. 24/21, 27/91.

Beanstandung die Verhinderung der Ausführung des Beschlusses möglich sein.[44])

Wenn man grundsätzlich den Standpunkt der Rechtsprechung anerkennt, daß nur Beschlüsse mit positiver Wirkung beanstandet werden können, dann muß man auch insoweit der Ansicht des OVG. folgen, als ein Beschluß, der von der Aufsichtsbehörde genehmigt ist oder eine Wahl, die bestätigt worden ist, nunmehr wieder beanstandet werden können.[45]) Dieses Ergebnis unterliegt logisch keinem Bedenken, wenn man von der Erwägung ausgeht, daß die Zulässigkeit der Beanstandung bei genehmigungspflichtigen Beschlüssen nur deswegen verneint wurde, weil der Beschluß in dieser Form noch keine positive Wirkungen äußerte. Jedoch bedarf eine solche Entscheidung deswegen näherer Begründung, weil sich die Aufsichtsbehörde selbst vor Erteilung der Genehmigung mit den rechtlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit des Beschlusses hätte beschäftigen müssen. Das OVG. hat mangels einer gesetzlichen Regelung die Entscheidung darauf abgestellt, ob grundsätzlich in allen Fällen, in denen die Aufsichtsbehörde an der Entschließung der kommunalen Organe beteiligt ist, eine sonst zulässige allgemeine Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte wegfalle, weil eine Rechtskontrolle gleichzeitig durch die Beteiligung der Aufsichtsbehörde an der Entschließung erfolgt sei. Mit Recht ist die Existenz eines solchen Rechtsgrundsatzes verneint worden. Es mag sicher befremdend erscheinen, daß ein Mitglied derselben Verwaltungsstelle, die über die Genehmigung des Beschlusses zu befinden oder die Wahl zu bestätigen hatte, nach erfolgter Genehmigung das zuständige kommunale Organ zur Beanstandung anweisen kann. Dem kann aber zunächst entgegengehalten werden, daß die Beanstandung auch ohne Anweisung durch das zuständige Kommunalorgan erfolgen kann. Entscheidend ist jedoch der Gesichtspunkt, daß nicht die Rechtskontrolle über die Beschlußtätigkeit der kommunalen Körperschaften als wesentlich erscheint, sondern die Ausübung dieser Kontrolle durch unabhängige Verwaltungsgerichte. Deshalb ist auch der Vorwurf, daß eine Entscheidung in diesem Sinne eine Diskriminierung der aufsichtsführenden Verwaltungsbehörde bedeuten würde, nicht durchschlagend., Denn es ist nicht einzusehen, weshalb in den wichtigen Fällen, in denen der Staat trotz des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden und Gemeindeverbände ein unmittelbares Mitwirkungsrecht der Aufsichtsinstanzen für notwendig gehalten hat, eine Rechtskontrolle durch ein unabhängiges Verwaltungsgericht ausgeschlossen haben soll, die er bei weniger bedeutsamen Beschlußgegenständen für zweckmäßig gehalten hat. Bei dem Mitwirkungsrecht der Aufsichtsinstanzen an kommunalen Entschließungen stehen zudem in erster Linie Fragen des allgemeinen Staatswohls und der Zweckmäßigkeit im Vordergrunde, sodaß die Rechtsfragen schon natürlicherweise nicht eine so starke Beachtung finden, wie bei einem unabhängigen Gericht. Jedenfalls kann man keineswegs deswegen zu einer Verneinung der Zulässigkeit der Beanstandung kommen, weil ein Akt der Aufsichtsbehörde, der auch die Prüfung der Rechtsfragen in sich schließt, die Heilung vorhandener Rechtswidrigkeiten zur Folge habe.[46]) Der Schwerpunkt der Beweisführung kann viel-

[44]) OVG. 49/11; 72/101 u. 81/156.
[45]) OVG. 24/21; RuPrVBl. 52/618.
[46]) Fleiner, S. 117 ff; Preuß, Amtsrecht, S. 163 ff.

mehr nur in der Tatsache liegen, daß der Gesetzgeber grundsätzlich die Beschlußtätigkeit der kommunalen Vertretungskörperschaften sowie die Maßnahmen der Aufsichtsbehörde gegenüber dieser Tätigkeit einer Kontrolle durch Verwaltungsgerichte unterworfen hat. Solange nicht eine besondere Bestimmung den Ausschluß dieser Rechtskontrolle für einzelne Fälle festlegt, muß daher auch bei Beschlüssen nach erfolgter Genehmigung eine Beanstandung mit der darauf folgenden Klage im Verwaltungsstreitverfahren möglich sein.

Dabei sei noch erwähnt, daß der Hinweis auf die §§ 10 Ziff. 2, 11, 14 Zust. Ges.[47]) nicht geeignet ist, die Richtigkeit der bisherigen Ausführungen zu widerlegen. Denn diese Bestimmungen enthalten nicht eine gesetzliche Fixierung des Gedankens, daß im Falle einer Rechtskontrolle durch die Aufsichtsbehörde die sonst zulässige Nachprüfung durch das Verwaltungsgericht in Fortfall komme. § 14 regelt das Verfahren über die Wahl eines solchen Gemeindebeamten, dessen Ernennung einer Bestätigung nicht bedarf, und bestimmt als zuständige Instanz, den Bezirksausschuß. § 14 schließt das im § 10 Ziff. 2, 11 Zust. Ges. geregelte Anfechtungsverfahren zweifellos aus. Es könnten daher die genannten Bestimmungen dann zur Lösung des Problems herangezogen werden, wenn § 14 einen Sonderfall der im § 10 Ziff. 2, 11 Zust. Ges. vorgesehenen Fälle darstellen würde. Das ist aber deswegen nicht der Fall, weil § 10 Ziff. 2 Zust.Ges. die Wahlen zur Gemeindevertretung betrifft und diese dem Anfechtungsverfahren aus § 11 unterwirft, während § 14 nur die Wahl von Gemeindebeamten regelt. Die Bestimmung hat daher lediglich die Bedeutung einer Zuständigkeitsvorschrift und kann daher als Argument gegen die hier vertretene Ansicht bezüglich der Zulässigkeit der Beanstandung eines Beschlusses nach erfolgter Genehmigung nicht in Betracht kommen. Für die hier vertretene Ansicht läßt sich allgemein auch noch die Idee des Rechtsstaats anführen, weil die Zulassung der Beanstandung die Ueberprüfung sowohl der Beschlußtätigkeit der Kommune als auch das Verhalten der Aufsichtsbehörde bei Erteilung der Genehmigung durch das Verwaltungsgericht ermöglicht.

Die bisherigen Ausführungen dienten der Klarstellung des Grundsatzes, daß nur vollwirksame Beschlüsse positiven Inhalts beanstandungsfähig sind. Bei einer oberflächlichen Betrachtungsweise müßte demgemäß ein Beschluß, der erst mit der Entschließung eines anderen Organs derselben Kommune zur Ausführung gelangen kann, nicht beanstandet werden können. Praktisch wird diese Frage am häufigsten bedeutsam bei dem Verhältnis von Magistrat und Stadtverordnetenversammlung. Gemäß § 15 Zust. Ges. ist der Magistrat das zuständige Organ zur Beanstandung von rechtswidrigen Beschlüssen der Stadtverordnetenversammlung. Gemäß § 36 ö.St.O. bedürfen aber alle Beschlüsse der Stadtverordnetenversammlung der Zustimmung des Magistrats, wenn sie solche Angelegenheiten betreffen, welche durch Gesetz dem Magistrat zur Ausführung überwiesen sind. Es erhebt sich daher die Frage, nach der Zulässigkeit der Beanstandung, wenn der Magistrat die Zustimmung gerade aus Rechtsgründen versagen zu müssen glaubt. Nach dem behandelten Grundsatz müßte eine Beanstandung des Beschlusses des-

[47]) RuPrVBl. 52/618.

wegen unzulässig sein, weil er ohne Zustimmung des Magistrats nicht ausgeführt werden kann. Der behandelte Grundgedanke der Rechtsprechung muß jedoch hier aus dem einfachen Grunde ausscheiden, weil sonst auf diesem Wege die gesetzliche Pflicht des Magistrats, den rechtswidrigen Beschluß der Stadtverordnetenversammlung zu beanstanden, unmöglich gemacht würde. Außerdem würde wiederum eine Kontrolle durch ein unabhängiges Verwaltungsgericht ausscheiden, weil die Stadtverordnetenversammlung mangels einer Beanstandung ihres Beschlusses gemäß § 36 ö.St.O. in Verbindung mit § 17 Zust. Ges. in der Lage wäre, eine Entscheidung des Bezirksausschusses herbeizuführen. Da in dem Verfahren nach § 17 Zust. Ges. in erster Linie Zweckmäßigkeitsfragen eine Rolle spielen, müßte der Magistrat auch zu diesen Stellung nehmen, obwohl er von der Rechtswidrigkeit des Beschlusses überzeugt ist.

Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß ein Beschluß des Magistrats, der inhaltlich eine Verweigerung seiner Zustimmung zu einem Beschluß der Stadtverordnetenversammlung aus Rechtsgründen enthält, als Beanstandungsverfügung angesehen werden muß.[48]) Daher kann der Wortlaut des Gesetzes, nach dem die Beanstandung mit aufschiebender Wirkung erfolgen muß, nicht entgegengehalten werden, weil § 15 Zust. Ges. auch solche Beschlüsse betrifft, die ohne Zustimmung des Magistrats ausführbar sind und schließlich der Magistrat unter Umständen auch nach erfolgter eigener Zustimmung einen Beschluß der Stadtverordnetenversammlung beanstanden muß und kann. Die Frage nach der Zulässigkeit der Beanstandung kann man aber nicht unter dem Gesichtspunkt beantworten, ob die Beanstandungsverfügung auf eigene Initiative des Magistrats oder auf Anweisung der Aufsichtsbehörde durchzuführen ist.

Die Einschränkungen, die die ständige Rechtsprechung des OVG. für die Zulässigkeit der Beanstandung von rechtswidrigen Beschlüssen kommunaler Körperschaften gemacht hat, lassen sich zusammenfassend mit Jebens[49]) auf die einfache Formel bringen, daß solche Beschlüsse für eine Beanstandung ausscheiden, an die sich überhaupt keine, noch keine oder keine Rechtsfolgen mehr knüpfen.

3. Der Ausschluß der Beanstandung in besonderen Fällen.

Wenn im Folgenden untersucht werden soll, inwieweit durch eine Sonderregelung der sonst allgemein zulässige Rechtsbehelf der Beanstandung gegenüber rechtswidrigen Beschlüssen kommunaler Organe ausgeschlossen erscheint, so kann eine solche Untersuchung nur von der Lehre der Gesetzeskonkurrenz allgemein ausgehen. Nur soweit das Verfahren für die Anfechtung eines bestimmten Beschlusses von den allgemeinen Vorschriften abweicht, müssen diese hinter denen des Sondergesetzes zurücktreten.[50])

Damit aber die allgemeinen Vorschriften ausgeschlossen sind, muß das Sondergesetz ein anderes Verfahren zur Umstoßung gerade dieses Beschlusses bestimmt haben. Nicht ausreichend ist es,

---

[48]) OVG. 14/83; 16/21; 21/32; 24/27; 27/87; 63/97. Oertel S. 289.
[49]) PrVBl. 17/490.
[50]) OVG. 55/4; Loschelder, StO. S. 315.

wenn der durch den Beschluß Betroffene unbeschadet des formellen Bestandes desselben seine Rechte geltend machen kann. Daher ist mit Recht die Zulässigkeit der Beanstandung eines Beschlusses bejaht worden,[51]) durch den die Bezüge eines kommunalen Beamten im Widerspruch zum geltenden Recht gekürzt waren. Denn die Tatsache, daß dem betroffenen Beamten der Weg des § 7 Kommunal-Beamt.-Ges. offenstand, kann die Zulässigkeit der Beanstandung deswegen nicht ausschließen, weil in dem Verfahren nach § 7 des genannten Gesetzes die Prüfung der Gültigkeit des Beschlusses nur Präjudiz für die endgültige Begründung des Anspruches des Beamten ist, jedenfalls nicht zur formalen Aufhebung des Beschlusses führt.

In dem genannten Falle besteht, wenn der betroffene Beamte sich mit der Entscheidung des Bezirksausschusses gemäß § 7 KBG. nicht zufrieden geben will und das ordentliche Gericht anruft, die Möglichkeit, daß dieses gleichzeitig mit dem Verwaltungsgericht, das infolge der gegen die Beanstandungsverfügung erhobenen Klage tätig wird, die materiellen Voraussetzungen des Beschlusses zu untersuchen hat. Dieses Ergebnis steht jedoch nicht in Widerspruch zu dem im ersten Teil dieses Paragraphen ausgeführten Gedankens, daß die Beanstandung wesentlich der Kontrolle der öffentlich-rechtlichen Pflichtstellung der Kommune dienen soll. Denn die Verpflichtung der Gemeinde, ihre Beamten zu bezahlen, ist öffentlich-rechtlicher Natur. Art. 129 RV. ist lediglich als ein Ueberbleibsel justizstaatlicher Ideen anzusehen. Es besteht daher auch kein innerer Widerspruch mit der bereits angeführten Rechtsprechung, daß ein Beschluß, der die Bezüge kommunaler Angestellter entgegen den Bestimmungen eines bestehenden Tarifvertrages festsetzte, nicht beanstandet werden könne.[52]) Denn für die streitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis ist allein das Arbeitsgericht zuständig, obwohl der Beschluß wegen der Bedeutung des Tarifvertrages als objektive Rechtsnorm gesetzwidrig ist. Die Beanstandung kann nicht zur Entscheidung rein privatrechtlicher Ansprüche, die an einer anderen staatlichen Instanz genügend Rechtsschutz finden, mißbraucht werden. Das wird insbesondere noch dadurch klarer, daß das Ziel der Beanstandung weniger die formale Umstoßung des gesetzwidrigen Beschlusses als die Verhinderung materieller Rechtswidrigkeiten ist. Nur eine formale Aufhebung könnte neben der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit die Zulassung der Beanstandung rechtfertigen.

In diesem Zusammenhange muß darauf hingewiesen werden, daß ein öffentliches Interesse für die Zulassung der Beanstandung nicht gefordert werden kann.[53]) Wohl aber muß immer in Betracht gezogen werden, daß die Beanstandung als Spezialtitel für die Ausübung der Staatsaufsicht in dem Rahmen bleiben muß, der nach den Erörterungen des ersten Teils der Arbeit den Inhalt der Pflichtstellung der Kommune im Staat ausmacht.

Für den Ausschluß der Beanstandung infolge Gesetzeskonkurrenz sind nachstehende Fälle noch von praktischem Interesse.

Das OVG.[54]) hat in seiner früheren Rechtsprechung den Standpunkt vertreten, daß die Möglichkeit des Rechtsmittels aus § 11

[51]) OVG. 83/87.
[52]) OVG. 89/65.
[53]) OVG. 37/7; Oertel, St.O. S. 289.
[54]) OVG. 45/16; 52/79; 54/46.

Zust. Ges. im Falle des § 10 Ziff. 2 dieses Gesetzes die Zulässigkeit der Beanstandung nicht beeinflusse. Die Folge dieser Rechtsprechung, die aus der Entstehungsgeschichte des Zuständigkeitsgesetzes abgeleitet wurde, war, daß gleichzeitig zwei Verfahren wegen desselben materiellen Streitgegenstandes schweben konnten. Dieses unbefriedigende Ergebnis veranlaßte daher auch die Rechtsprechung im Rahmen des § 6 des Gesetzes über die vorläufige Regelung der Gemeindewahlen vom 9. April 1923 in der Fassung vom 12. Februar 1924 eine Beanstandung solange für unzulässig zu erklären, als ein Verfahren aus § 6 Abs. 3 u. 5 des genannten Gesetzes noch anhängig ist oder anhängig gemacht werden kann.[55]) Daß nach Ausschluß der Möglichkeit eines Rechtsmittels aus § 6 die Staatsaufsichtsbehörde nicht mehr gehindert sein kann, von sich aus die rechtswidrige Wahl zu beanstanden, ergibt die Erwägung, daß dieser unmöglich deswegen eine Rechtskontrolle genommen werden kann, weil der von dem Beschluß Betroffene von den Rechtsmitteln, die ihm zustanden, und die ein Einschreiten der Aufsichtsbehörden überflüssig gemacht hätten, keinen Gebrauch gemacht hat.[56])

Einen gänzlichen Ausschluß der Befugnis der Aufsichtsbehörde, die Beanstandung eines Beschlusses der kommunalen Körperschaft zu veranlassen, hat das OVG. dann angenommen, wenn der Beschluß wegen Verletzung des § 21 der Verordnung für Verminderung der Personalabgaben der öffentlichen Verwaltung vom 8. Februar 1924 (GS. S. 73) hätte angefochten werden können. Nach § 23 dieser Verordnung konnte ein Beamter, der in den einstweiligen Ruhestand versetzt war, gegen diese Maßnahme wegen Verletzung des § 21 a.a.O., der die Begründung einer solchen Maßnahme aus politischen Gründen verbot, Einspruch einlegen. Nach § 49 Abs. 2 Ziff. 3 war die in dem Verfahren (§ 27 ff. a.a.O,) ergehende Entscheidung endgültig. Diese Bestimmung ist mit Recht für ausreichend angesehen worden, um die Zulässigkeit der Beanstandung zu verneinen.[57]) Denn wenn ein Verwaltungsgesetz eine Entscheidung, die in einem besonderen Verfahren ergeht, für endgültig erklärt, kann nicht ein Rechtsmittel, das sonst allgemein zur Vernichtung des Beschlusses hätte führen können, diese Wirkung des Sondergesetzes wieder aufheben.

§ 43 des preuß. Besoldungsgesetzes vom 17. 12. 1927 (GS. S. 223) regelte ebenfalls die Befugnisse der Aufsichtsbehörde abschließend, sodaß eine Beanstandung insoweit ausgeschlossen war, als durch den Beschluß die Grundsätze der preuß. Besoldungsordnung verletzt sind. Diese letztgenannte Einschränkung hat das OVG.[58]) mit Recht gemacht, weil insoweit eine Rechtskontrolle erhalten bleiben muß, als der Beschluß aus anderen Gründen, die nicht auf dem Besoldungsgesetz beruhen, rechtswidrig ist.

Unter dem Gesichtspunkt der Gesetzeskonkurrenz muß auch die Frage untersucht werden, ob der Etat beanstandet werden kann. Da § 19 Zust. Ges. und die entsprechenden für die anderen

---

55) RuPrVBl. 47/193, 49/911.

56) Brauchitsch Bd. I, § 15, Erl. 3, § 10 Erl. 3e.

57) OVG. 83/100.

58) 84/106. Maull S. 29 weist mit Recht darauf hin, daß diese Entscheidung grundsätzliche Bedeutung hat, obwohl § 43 des preuß. Besold. Ges. durch die Sparverordnung vom 12. Dezember 1931 GS. S. 179) überholt ist.

kommunalen Verbände geltenden Bestimmungen[59]) nur die zwangsweise Einsetzung nicht berücksichtigter Posten, die die Gemeinde auf Grund öffentlichen Rechts in den Etat einsetzen muß, betrifft, können diese Bestimmungen einen Ausschluß der Zulässigkeit einer Beanstandung nicht bedingen. Da andere Gesetze ebenfalls nicht entgegenstehen, muß die Möglichkeit einer Beanstandung bejaht werden.[60]) Das kann praktisch von Bedeutung sein, wenn etwa die Kommune auf der Ausgabenseite des Etats Summen einzusetzen beschließt, die nach dem Gesetz für diesen Zweck nicht verwandt werden dürfen.

III. Die formelle Durchführung der Beanstandung.

1. Die Beanstandungsverfügung.

Die Ausführungen über die materiellen Voraussetzungen der Beanstandung müßten an sich darauf schließen lassen, daß es sich bei dieser um eine Maßnahme handelt, deren Vollziehung ganz in Händen der Aufsichtsbehörde liegt. In der praktischen Handhabung kommt jedoch dieser aufsichtsrechtliche Charakter der Beanstandung nicht so klar zum Ausdruck. Denn abgesehen von dem Fall, daß der Oberpräsident berechtigt ist, Beschlüsse der provinziellen Körperschaften zu beanstanden, ist in der Regel ein Organ, daß zumindest gleichzeitig kommunale Funktionen auszuüben hat zur Beanstandung berechtigt und verpflichtet. Der aufsichtsrechtliche Charakter der Beanstandung kommt jedoch dadurch zweifelsfrei zur Geltung, daß das Organ, das nach dem Gesetz zum Erlaß der Beanstandungsverfügung zuständig ist, zu dieser Maßnahme entgegen den sonstigen Vorstellungen über die Rechtsbeziehungen zwischen dem Staat und den kommunalen Organen unmittelbar angewiesen werden kann. Infolgedessen muß das zuständige Organ u. U. den Beschluß ohne eigene sachliche Prüfung beanstanden und kann nötigenfalls hierzu mit den Zwangsmitteln des § 132 LVG. gezwungen werden.[1]) Dieses unmittlbaree Anweisungsrecht zeigt deutlich, daß es sich um rein staatliche Maßnahmen handelt und daß daher das kommunale Organ, auch wenn es einen Beschluß ohne Anweisung der Aufsichtsbehörde beanstandet, insoweit als Staatsorgan handelt.

Daß der Staat bzw. die eigentlich interessierte Aufsichtsbehörde bei dem Verfahren im Hintergrund bleibt und höchstens mittelbar und nicht primär in Erscheinung tritt, ergibt sich aus reinen Zweckmäßigkeitsgründen, weil die Garantie, daß möglichst alle rechtswidrigen Beschlüsse nicht zur Ausführung gelangen, dann größer ist, wenn deren Beanstandung in erster Linie Pflicht des zuständigen Vollzugsorgans ist. Denn die Staatsaufsichtsbehörde erhält nicht ohne weiteres von jedem rechtswidrigen Beschluß der kommunalen

---

[59]) Zusammengestellt bei Pernice, Die Zwangsetatisierung im preuß. Verwaltungsrecht. Diss. Münster 1932, S. 19—20.

[60]) Friedrichs, ZustGes. § 15 Erl. 8. A. A. Maull S. 30 unter Bezugnahme auf Stier-Somlo, Handb. S. 479.

[1]) Daß § 132 LVG. auch für die Durchsetzung aufsichtsrechtlicher Maßnahmen zu gelten hat, ist fast einhellige Meinung. Statt vieler von Brauchitsch, Bd. I, S. 232; Peters Grenzen S. 238; O. Mayer II S. 401; auch das neue PVG. hat eine Aenderung des Rechtszustandes in dieser Richtung nicht gebracht. § 79 Abs. 2 m.

Körperschaften Kenntnis. Das Fehlen der primären Erscheinung der Staatsaufsichtsinstanzen im eigentlichen Beanstandungsverfahren darf daher den grundsätzlichen Charakter dieses Rechtsinstitutes nicht verwischen. Dabei kann sich praktisch die Befugnis eines kommunalen Organs zur Beanstandung als ein Machtmittel gegenüber der betroffenen Vertretungskörperschaft darstellen. Dieses Machtmittel ist jedoch deswegen ohne besondere politische Schärfe, weil es rechtlich gebunden ist und nur dann Erfolg verspricht, wenn tatsächlich eine Befugnisüberschreitung der betroffenen Körperschaft vorliegt.

Eine Form ist für die Beanstandungsverfügung nicht vorgeschrieben. Inhaltlich stellt sie sich als eine Erklärung gegenüber der betroffenen Körperschaft dar, aus der sich zweifelsfrei ergibt, daß der Beschluß aus Rechtsgründen mißbilligt wird. Mit Recht wird von der Rechtsprechung der Gebrauch des Wortes Beanstandung nicht verlangt, sondern jede Verfügung als ausreichend angesehen, die der betroffenen kommunalen Körperschaft keinen Zweifel darüber aufkommen läßt, daß die zum Ausdruck gebrachte Mißbilligung eine Beanstandung enthält.[2]) Nach dem Gesetz ist es gleichgültig, ob die Beanstandung mündlich oder schriftlich erklärt wird. Eine mündliche Beanstandung wird insbesondere dann praktisch werden, wenn der Beschluß von vornherein gegen den Willen des zuständigen Vollzugsorgans gefaßt ist. So kann der Bürgermeister Beschlüsse des Magistrats, die gegen seinen Willen gefaßt sind, bei den materiellen Voraussetzungen des § 15 Zust. Ges. unmittelbar nachher beanstanden.

Die Beanstandungsverfügung bedarf jedoch, gleichgültig in welcher Form[3]) sie erfolgt, nach dem Gesetz einer Begründung. Angesichts des klaren Wortlauts des Gesetzes kann man dem OVG.[4]) nicht beipflichten, wenn es die Beanstandungsverfügung schon dann für ausreichend begründet hält, wenn der Beschluß lediglich als rechtswidrig bezeichnet wird, denn die Frage, inwieweit der Beschluß den Gesetzen widerspricht, muß gerade den Inhalt der Begründung ausmachen. Noch weniger kann man anerkennen, daß das Erfordernis der Begründung nicht wesentliche Voraussetzung für die Gültigkeit der Beanstandungsverfügung sein soll.[5]) Mit Recht tritt Peters[6]) dieser weiten Auslegung des Gesetzes durch das OVG. entgegen. Zwar ist die Frage von relativ geringer Bedeutung, weil das Gesetz eine Frist für die Beanstandungsverfügung nicht vorsieht. Gerade dieser Gesichtspunkt sollte jedoch ein Argument gegen die Auslegung des Gesetzes durch das OVG. sein, weil die Verfügung in der Regel, soweit nicht inzwischen der Beschluß ausgeführt worden wäre, in vorschriftsmäßiger Form nachgeholt werden könnte.

Die Wirkung der zu Recht ergangenen Beanstandungsverfügung ist eine Vernichtung des Beschlusses.[7]) Das gilt, soweit eine Klage

---

[2]) OVG. 21/32; 39/49; RuPrVBl. 50/572. Jebens, Aufsätze S. 14.

[3]) Eine formelle Zustellung ist auch bei schriftlicher Beanstandung nicht erforderlich, jedoch wegen der Frist von 2 Wochen für die Klage zweckmäßig (§§ 51, 52 LVG.). Maull S. 32.

[4]) OVG. 56/35.

[5]) OVG. 74, 77.

[6]) Peters, Grenzen, S. 232.

[7]) Jellinek, W., S. 257.

der betroffenen kommunalen Körperschaft nicht erfolgt, ohne weiteres. Der Beschluß hat ferner nicht mehr als Willenskundgebung der Kommune zu gelten. Es ist weniger eine Frage von praktischer Bedeutung als eine solche juristisch-technischer Konstruktion, ob durch die Beanstandung der Beschluß mit Wirkung ex tunc vernichtet wird, sodaß er als rechtlich nie existent fingiert werden muß, oder ob der Beschluß nur für die Zukunft in Fortfall gekommen ist. Das OVG. hat in einer älteren Entscheidung eine solche ex tunc Wirkung ausdrücklich verneint.[8]) Jedoch muß, solange aus dem Gesetz eine gegenteilige Regelung sich nicht unmittelbar ergibt, angenommen werden, daß der Beschluß durch die Beanstandung ex tunc in Fortfall kommt. Entgegen steht dieser Auffassung nicht der Wortlaut des Gesetzes, daß die Beanstandungsverfügung aufschiebener Wirkung hat, weil durch diese Bestimmung nur der Vollzug des Beschlusses während des schwebenden Verfahrens verhindert werden soll. Die Parallele der Beanstandungsverfügung mit der Anfechtungserklärung des Privatrechts liegt so nahe, daß man bei Berücksichtigung der Tatsache, daß ein Beschluß, der nur bis zur Beanstandung Gültigkeit gehabt hätte, praktisch keine Bedeutung haben kann, auch dessen Vernichtung mit Wirkung ex tunc für gegeben erachten muß.

2. Der Rechtsweg gegen die Beanstandungsverfügung.

Nach den gesetzlichen Bestimmungen steht der betroffenen kommunalen Vertretungskörperschaft gegen die Beanstandung ihres Beschlusses innerhalb einer Frist von zwei Wochen die Klage im Verwaltungsstreitverfahren zu. Damit ist eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle für die Gültigkeit des Beschlusses geschaffen, die deswegen zu einem typisch prozessualen Verfahren führt, weil lediglich Rechtsfragen zur Entscheidung des Gerichts stehen, Parteien des Streitverfahrens sind die kommunale Vertretungskörperschaft, die den Beschluß gefaßt hat, und das Organ, das die Beanstandungsverfügung erlassen hat. Erstere ist dabei berechtigt, für das Verfahren einen Vertreter zu bestellen. Was aber dem Streitverfahren in vielen Fällen eine eigentümliche Gestaltung gibt, ist der Umstand, daß es an dem für ein streitiges Verfahren typischen Moment der Gegenspielerschaft der Parteien fehlen kann. Das ist insbeosndere dann möglich, wenn das kommunale Organ seiner Verpflichtung, den Beschluß zu beanstanden, erst auf Anweisung der Aufsichtsbehörde nachgekommen ist. Zweifellos kann allerdings das kommunale Organ den Einwand, daß es nur auf Anweisung der Aufsichtsbehörde beanstandet habe, zur Schwächung der eigenen Position im Streitverfahren nicht geltend machen.[1]) Mit Recht hat aber Preuß[2]) darauf hingewiesen, daß sich hier die Schattenseite der praktischen Tendenz der Bestimmung, möglichst alle rechtswidrigen Beschlüsse von der Beanstandung zu erfassen, zeige. Denn die eigentlich interessierte Aufsichtsbehörde bleibt im Hintergrund und führt einen Streit zwischen zwei kommunalen Instanzen herbei, die sich voll-

---

[8]) OVG. 27/90. Dieser Entscheidung folgen auch die Kommentare.
[1]) OVG. 9/47.
[2]) HWRW. Bd. III S. 809.

kommen einig sind. Die Aufsichtsbehörde kann nicht einmal gemäß § 70 LVG. beigeladen werden.

In materieller Hinsicht gilt für den Verwaltungsrichter bei Prüfung der Rechtmäßigkeit des Beschlusses der Grundsatz der allseitigen Kognition.[3]) Er ist also insbesondere nicht an die Gründe, die in der Beanstandungsverfügung für die Rechtswidrigkeit des Beschlusses angeführt sind, gebunden. Es ist bereits im materiellen Teil der Untersuchung darauf hingewiesen worden, daß maßgebender Zeitpunkt für die Prüfung der Rechtszustand zur Zeit der Beschlußfassung ist, sodaß inzwischen eingetretene Gesetzesänderungen, nach denen der Beschluß nicht mehr zulässig wäre, nicht in in Betracht gezogen werden können.[4])

Zur Entscheidung des Gerichts steht auch die Frage, ob überhaupt eine gültige Beanstandungsverfügung vorliegt. Daß auch das OVG. grundsätzlich dieser Ansicht ist, geht aus der Rechtsprechung über die Erfordernisse einer solchen Verfügung hervor. Es muß daher als inkonsequent angesehen werden, wenn die Rechtsprechung die Gültigkeit eines Beschlusses, der die Beanstandung des Beschlusses einer anderen Vertretungskörperschaft derselben Kommune zum Gegenstand hat, nicht nachprüfen will. Das wird dann praktisch, wenn der Magistrat einen Beschluß der Stadtverordnetenversammlung beanstanden will. Das Argument, daß die Beschlußfassung ein interner Vorgang sei, kann die Richtigkeit der Ansicht, daß nur ein gültiger Beschluß eine Beanstandungsverfügung enthält, nicht entkräften. Nur bei einer gültigen Verfügung ist aber eine Entscheidung in der Sache selbst zulässig. Der Hinweis, daß die Beschlußfassung des Magistrats ein interner Vorgang sei, fällt zudem in sich zusammen, wenn auf der anderen Seite betont wird, daß der Bürgermeister seinerseits den Beschluß des Magistrats wegen Rechtswidrigkeit beanstanden könne. Dann soll also die Form der Beschlußfassung nicht mehr nur interne Bedeutung haben.

Die Entscheidung des Verwaltungsrichters kann nur in einer Aufhebung der Beanstandungsverfügung oder in einer Abweisung der Klage bestehen.[5]) Das Gericht ist insbesondere nicht in der Lage, einen der wirklichen Lage entsprechenden Beschluß an Stelle des nichtigen zu setzen. Es würde auch sonst der Verwaltungsrichter Aufgaben zu erfüllen haben, die von den kommunalen Instanzen selbst erledigt werden müssen. Die Beanstandung soll wegen ihres repressiven Charakters nur die Ausführung gesetzwidriger Beschlüsse verhindern.

Die Kosten des Verfahrens trägt immer die Kommune.[6]) Das folgert daraus, daß die Kommune sowohl für die beschließende Körperschaft wie für das Organ, das beanstandet hat, haftet.

§ 3.

Die Beanstandung de lege ferenda.

Der Referentenentwurf eines Gesetzes über die kommunale Selbstverwaltung von 1930, der unter anderem die Vereinheitlichung

---

[3]) OVG. 36/37; 65/99; 71/136· 73/104. RuPrVBl. 51/43.
[4]) OVG. in RuPrVBl. 51/618.
[5]) OVG. 6/25; 64/145.
[6]) OVG. 7/88.

des gesamten kommunalen Verfassungsrechtes in Preußen anstrebt, will auch die Beanstandung im Anschluß an die historische Entwicklung und die Rechtsprechung des OVG. weiterbilden. Die entscheidende Bestimmung hat folgenden Wortlaut: (§ 84)

> Die Aufsichtsbehörde kann Beschlüsse der Gemeinden und Gemeindeverbände, die das bestehene Recht verletzen, soweit ihnen nicht schon von dem zuständigen Organ der Gemeinde oder des Gemeindeverbandes die Ausführung versagt ist, als gesetzwidrig feststellen.
>
> Die Feststellung hat die Unwirksamkeit des Beschlusses zur Folge, ohne Rücksicht darauf, ob er bereits ausgeführt ist, der Ausführung bedarf oder der Ausführung überhaupt fähig ist.
>
> Gegen die Feststellung steht der Vertretungskörperschaft binnen zwei Wochen nach dem nächsten Zusammentreten die Klage im Verwaltungsstreitverfahren zu. Die Klage hat keine aufschiebende Wirkung.

Bei dieser beabsichtigten Neuregelung fällt besonders auf, daß die geltende Beanstandung als reines Mittel der Staatsaufsicht erscheint. Denn im Gegensatz zum geltenden Recht soll die Aufsichtsbehörde nicht mehr zur Beanstandung anweisen können, sondern die nach dem Entwurf vorgesehene Feststellung der Unwirksamkeit des Beschlusses ist eigene, unmittelbare Befugnis der Aufsichtsbehörde. Infolgedessen ist auch in dem auf die Feststellungsverfügung[1]) folgenden Streitverfahren die Aufsichtsbehörde selbst Partei und der Mangel des geltenden Rechts, daß ein Streitverfahren zwischen zwei kommunalen Organen in Erscheinung tritt, die sich materiell einig sind, behoben.

Bestehen geblieben ist neben der Befugnis der Aufsichtsbehörde rechtswidrige Beschlüsse aufzuheben, die Verpflichtung des zuständigen Gemeindeorgans, gesetzwidrige Beschlüsse nicht auszuführen. Ueber die Form der Verweigerung und das weitere Verfahren verhalten sich die §§ 118, 141, 173, 218 und 268 des Entwurfes.

Es ist bemerkenswert, daß der Entwurf nur mehr von gesetzwidrigen Beschlüssen spricht. Es darf als Beweis für die Richtigkeit der im zweiten Teil dieser Arbeit vertretenen Ansicht angesehen werden, daß eine juristisch befriedigende Trennung einer Befugnisüberschreitung von einer Rechtswidrigkeit eines Beschlusses der kommunalen Körperschaft nicht gemacht werden kann.

An der Neuregelung der Beanstandung durch den Entwurf fällt insbesondere Abs. 2 des § 84 auf, weil durch diese Bestimmung die ständige Rechtsprechung des OVG. im Hinblick auf die besonderen Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Beanstandung nach geltendem Recht hinfällig werden würde.[2]) Mag auch im einzelnen die theoretisch schwierige Abgrenzung, ob ein Beschluß einen positiven Inhalt hat oder nicht, zu unbilligen Ergebnissen führen, so darf doch die beabsichtigte Neuregelung insoweit als Fortschritt nicht angesehen werden, denn durch § 84 Abs. 2 des Entwurfes würde das ganze Verfahren mehr auf die formale Aufhebung des

---

[1]) Peters, Verw.Arch. 35/358 nimmt mit Recht an, daß diese Verfügung ex tunc wirken würde.

[2]) Vgl. ähnlich § 140 Abs. 2 der Thür. Gemeinde- und Kreisordnung v. 8. VII. 1926/22. Juni 1930.

Beschlusses und nicht, wie das die Entwicklung des geltenden Rechts gezeigt hat, auf die Verhinderung der Durchführung rechtswidriger Beschlüsse abgestellt. Darüber hinaus ist die Erweiterung der Machtbefugnisse der Aufsichtsbehörde durch § 84 Abs. 2 vom Standpunkt der Selbstverwaltung auch nicht zu begrüßen.

Es sei noch erwähnt, daß der Entwurf neben dieser eigentlichen Rechtskontrolle auch das Verfahren bei Widerspruch eines Beschlusses mit dem jeweiligen Verbandsinteresse regelt (§§ 118, Abs. 2 141, 173, 219, 272 des Entwurfes.). Darüber hinaus will der Entwurf im § 92 dem Minister des Innern das Recht geben, Beschlüsse von überörtlicher Bedeutung wegen Widerspruchs mit dem Staatsinteresse aufzuheben. Auch diese Bestimmung stellt sich inhaltlich als eine Erweiterung der Machtbefugnisse des Staates bei der Kontrolle der Beschlußtätigkeit der Kommunen dar, die im Interesse der Selbstverwaltung nicht Gesetz werden sollte.[3])

Im übrigen ist schon bei Darstellung der historischen Entwicklung des Beanstandungsrechtes gezeigt worden, wie die verbandswidrigen Beschlüsse oder solche, die dem Staatsinteresse widersprachen, gegenüber den eigentlich rechtswidrigen Beschlüssen eine Sonderbehandlung erfuhren, obwohl schon an derselben Stelle[4]) darauf hingewiesen wurde, daß die eigentlich rechtswidrigen und die verbandswidrigen Beschlüsse insoweit auf einer Stufe stehen, als der Begriff des Staatsinteresses rechtlicher Natur ist und ein freies Ermessen nicht ermöglicht.

Es ist jedoch die Beibehaltung der Trennung in rechtswidrige und verbands- bezw. staatswidrige Beschlüsse deswegen geboten und innerlich gerechtfertigt, weil bei letzteren die Entscheidung der Aufsichtsbehörde trotz deren rechtlicher Gebundenheit auf einem Ausgleich der verschiedenen Interessen und nicht so sehr auf die Prüfung rein rechtlicher Fragen abzielt.[5])

---

[3]) Peters a.a.O.
[4]) S. 21 dieser Arbeit.
[5]) Bühler, Finanzlage S. 16.

3. Kapitel.

Die Einflußmöglichkeit der Aufsichtsbehörde bei rechtswidrigen Beschlüssen kommunaler Körperschaften in Bayern, Sachsen und Württemberg.

Die besondere Bedeutung, die die Beschlußtätigkeit der kommunalen Körperschaften für die Gemeinden und Gemeindeverbände hat, macht es verständlich, daß die Kontrolle über diese Tätigkeit innerhalb des Gesamtrahmens der Kommunalaufsicht immer eine Sonderbehandlung erfahren wird.

Für die Herausschälung der allgemeinen Grundsätze eines deutschen Kommunalrechts, die wegen der gleichen theoretischen Grundlage in den verschiedenen Ländern nicht erheblich voneinander abweichen können, ist es aber von praktischem Interesse, in welcher Form gerade in diesem Punkte das Landeskommunalrecht in den wichtigsten außerpreußischen deutschen Ländern gestaltet ist.

Es soll daher dem Rechtszustand in Preußen die Regelung der „Beanstandung" in Bayern, Sachsen und Württemberg entgegengestellt werden, einmal, weil diese Länder wegen ihrer Größe für die Gestaltung einheitlicher Linien im deutschen Kommunalrecht in erster Linie in Betracht kommen, und insbesondere auch deswegen, weil in diesen Ländern das Recht der Gemeinden und Gemeindeverbände in neuerer Zeit zusammenfassend geregelt worden ist.

1. Bayern.

Bayern hat sein gesamtes kommunales Verfassungsrecht durch die GO. vom 17. Oktober 1927 (GVBl. S. 293) in Verbindung mit der Bezirks und KrO. vom gleichen Tage (GVBl. S. 335), letztere in der Fassung vom 29. III. 1928 (GVBl. S. 85) einheitlich geregelt.

Die rechtliche Form, die die der preußischen Beanstandung entsprechende Befugnis der Aufsichtsbehörde, gegen rechtswidrige Beschlüsse kommunaler Körperschaften einzuschreiten, durch diese Gesetze gefunden hat, entspricht der Tatsache, daß gerade in Bayern der Schutz der Kommunen gegen eine Ueberspannung der Befugnis der Aufsichtsbehörde eine ziemlich vollkommene Ausgestaltung erfahren hat,[1]) obwohl das Selbstverwaltungsrecht als solches in Bayern noch nicht eine so lange Entwicklung wie in Preußen, durchgemacht hat.[2])

[1]) Laforet, Festschrift S. 141. Fleiner S. 120.

[2]) Das kommunale Selbstverwaltungsrecht ist in Bayern praktisch erst durch die beiden GO. für das rechtsrheinische Bayern und für die Pfalz vom 29. August 1869 eingeführt, da das Gemeindeedikt vom 17. Mai 1818 den Gemeinden zwar eine freie Verfassung gegeben hatte, die aber infolge des Ausbaues der Aufsichtsmaßnahmen praktisch ein Selbstverwaltungsrecht nicht entstehen ließ. Piloty-Schneider S. 63.

Die GO. trennt von der Sachaufsicht (Art. 50) streng die Befugnis der Staatsaufsichtsbehörde. Erstere entspricht der Kontrolle über die Gemeinden auf dem Gebiete der Auftragsverwaltung.

Bei den Vorschriften über die Befugnisse der Staatsaufsichtsbehörde (Art. 59 ff. GO., 32 ff. Bez.-O. u, 34 ff Kr,O,) ist das Recht der Aufsichtsinstanz, gegen rechtswidrige Beschlüsse der kommunalen Körperschaften einzuschreiten, besonders hervorgehoben (Art. 60 Abs. 1 GO., 33 Abs. 1 BezO. und 35 Abs. 1 Kr.O.),

Die materiellen Voraussetzungen für ein Einschreiten der Aufsichtsinstanz sind dieselben wie im preußischen Recht. Eine Maßnahme ist immer dann zulässig, wenn der Beschluß gegen irgend eine Norm des für die betreffende Kommune geltenden formellen und materiellen Rechts verstößt.[3]) Auch eine Ueberschreitung der Befugnisse macht den Beschluß rechtswidrig und berechtigt die Aufsichtsbehörde zu dessen Aufhebung. Wann im einzelnen hier noch die Aufsichtsbehörde tätig werden kann, ergibt sich aus den Ausführungen im Kap. II § 2, 1 dieser Arbeit. Dabei muß auch an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen werden, daß die Kommunalaufsicht in erster Linie der Kontrolle über die öffentlich-rechtliche Pflichtstellung der Gemeinden und Gemeindeverbände dient, sodaß eine Aufhebung von Beschlüssen durch die Aufsichtsbehörde dann unzulässig erscheint, wenn der Beschluß rein privatrechtliche Bedeutung hat und daher in seinen Folgen durch die ordentlichen Gerichte nachgeprüft werden kann.[4]) Im übrigen unterliegt aber die Aufhebung eines rechtswidrigen Beschlusses nicht den besonderen Beschränkungen, wie sie für das preußische Recht dargestellt wurden, es können daher insbesondere auch Beschlüsse rein negativen Inhalts von der Aufsichtsbehörde aufgehoben werden.[5])

Was die Regelung der Befugnisse der Aufsichtsbehörde in Bayern gegenüber der preußischen Beanstandung besonders auszeichnet, ist der klare Ausbau des Reichsbehelfs als Mittel der Staatsaufsicht. Zwar ist auch in Bayern das kommunale Vollzugsorgan verpflichtet, einem rechtswidrigen Beschluß der zuständigen kommunalen Vertretungskörperschaft, den es für rechtswidrig hält, zu beanstanden (Art. 17 Abs. 2 GO., 5 Abs. 3 BezO., 5 Abs. 5 KrO.). Aber diese Beanstandung hat nicht die Wirkung, wie sie für das preußische Recht dargestellt wurde, das zuständige Vollzugsorgan ist nur verpflichtet, die Ausführung des Beschlusses zu unterlassen und der Aufsichtsbehörde zu berichten. Dieser steht dann allein die Entscheidung zu, ob sie den Beschluß aufheben will oder nicht. Dadurch ist also erreicht, daß sowohl möglichst alle gesetzwidrigen Beschlüsse zur Kenntnis der Aufsichtsbehörde gelangen, im übrigen aber letztere allein für die eigentliche Entscheidung zuständig bleibt. Dadurch kommt die in Preußen gegebene Benutzung kommunaler Organe zum unmittelbaren Vollzug aufsichtsrechtlicher Maßnahmen in Fortfall. Dabei kann mit Woerner[6]) als richtig angenommen werden, daß die materiellen Voraussetzungen des Art. 17 Abs. 2 GO. denen des Art. 60 Abs. 1 GO. entsprechen, da juristisch ein Unterterschied zwischen einem gesetzwidrigen und rechtswidrigen Beschluß nicht gemacht werden kann.

---

[3]) Helmreich-Rock, Art. 60 Erl. 2; Wörner, Art. 60 Erl. 4.
[4]) Helmreich-Rock Art. 60 Erl. 4.
[5]) Woerner Art. 60 Arl. 3.
[6]) Woerner, Art. 60 Erl. 3, Art. 17 Erl. 28.

An der Fassung der Bestimmungen über das Einschreiten der Aufsichtsbehörde fällt besonders auf, daß diese die rechtswidrigen Beschlüsse der kommunalen Körperschaften aufheben kann, mithin zu einer sochen Maßnahme in erster Linie berechtigt und nicht verpflichtet ist. Wenn auch der Wortlaut des Gesetzes immerhin ein gewisses freies Ermessen ermöglicht und die Aufsichtsbehörde davon befreit, auch in weniger wichtigen Angelegenheiten von ihren Befugnissen Gebrauch zu machen, so ist diese doch im Rahmen ihrer Pflichtstellung, für ein ordentliches Arbeiten der Kommunen im Staate zu sorgen, in ihrem Ermessen beschränkt. Soweit sie durch Anzeige der kommunalen Vollzugsorgane von einem unzulässigen Beschluß Kenntnis erlangt, ist sie zu einem Einschreiten auch verpflichtet.[7]) Dritten gegenüber besteht ebensowenig wie im preußischen Recht eine Verpflichtung der Aufsichtsbehörde zur Aufhebung eines rechtswidrigen Beschlusses.

Nach den angeführten Bestimmungen ist die Aufsichtsinstanz nicht zur Aufhebung, sondern auch zur Abänderung eines unzulässigen Beschlusses berechtigt. Das könnte zu der Ansicht verleiten, daß die Befugnisse der Aufsichtsbehörde insoweit gegenüber dem preußischen Recht eine größere Ausweitung erfahren hätten, weil eine Abänderung des Beschlusses als eine Ersatzvornahme aufgefaßt werden könnte und damit die Aufsichtsbehörde unmittelbar die Aufgaben kommunaler Körperschaften zu erfüllen hätte. Wenn die Bestimmung der Aufsichtsbehörde ein unbeschränktes Abänderungsrecht in die Hand geben würde, würde sie tatsächlich eine dem Wesen der Selbstverwaltung wiedersprechende Erweiterung der Staatsaufsicht bedeuten. Mit Recht wird das Gesetz jedoch in dem Sinne ausgelegt, daß eine Abänderung eines rechtswidrigen Beschlusses, nur dann zulässig erscheint, wenn nur eine gesetzliche Möglichkeit für den Beschlußgegenstand besteht. Dann ist auch die Entschlußfreiheit der Kommune, die das Wesen ihres Selbstverwaltungsrechtes ausmacht, durch die Abänderung nicht angetastet.[8])

Die formelle Seite ist dadurch beweglicher wie in Preußen gestaltet, daß die Aufsichtsbehörde ihre Entscheidung, die in Form eines Beschlusses ergeht, erst nach fruchtlosem Ablauf einer Frist treffen kann, innerhalb derer die kommunale Korperschaft den unzulässigen Beschluß aufheben oder abändern sollte. Gegen die Aufhebung des Beschlusses durch die Aufsichtsbehörde ist neben der Beschwerde an die vorgesetzte Verwaltungsbehörde die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zulässig (Art. 60 Abs. 6 GO., Art. 33 Abs. 6 BezO., 35, Abs. 6 KrO.). Die Beschwerde muß darauf gestützt werden, daß durch den Beschluß der Aufsichtsbehörde das gesetzliche Selbstverwaltungsrecht der Kommune verletzt sei. Eine solche Verletzung liegt immer dann vor, wenn der Beschluß dem geltenden Recht nicht entspricht. Es sind daher auch im Bayrischen Recht nur Rechtsfragen durch den Verwaltungsrichter zu entscheiden. Die Entscheidung selbst kann nur in einer Zurückweisung der Beschwerde oder einer Aufhebung des Beschlusses der Aufsichtsbehörde bestehen.[9]) In dringenden Fällen

[7]) Woerner, Art. 60 Arl. 2.
[8]) Helmreich-Rock, Art. 60, Erl. 5; Woerner Art. 60 Erl. 5.
[9]) Woerner Art. 60, Erl. 35.

kann die Aufsichtsbehörde vorläufige Anordnungen treffen. (Art. 60 Abs. 4 GO., Art. 33 Abs. 4 BezO., Art. 33 Abs. 6 KrO.).

2. Sachsen.

Es ist das Bestreben moderner kommunaler Verfassungsgesetze, insbesondere die Rechtsbeziehungen der Gemeinden und Gemeindeverbände zum Staat durch eine klare Abgrenzung der Befugnisse der Aufsichtsbehörde scharf zu umreißen. Das liegt einmal an dem Wunsch des Gesetzgebers, die systematischen Ergebnisse des modernen Verwaltungsrechtes, die wegen der relativen Jugend dieses Rechtsgebietes in den letzten Jahrzehnten besonders ergiebig waren, in den Gesetzen zu verwerten, sodann aber auch in dem Verlangen, die Institution der Selbstverwaltung möglichst weitgehend in ein rechtsstaatliches System einzubauen und demgemäß die Befugnisse der Aufsichtsbehörde möglichst auf eine Rechtskontrolle zu beschränken.

Auch die Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen vom 1. August 1923 (GVBl. S. 273) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juni 1925 (GVBl. S. 136) entspricht insoweit diesen Bestrebungen, als gemäß § 170 Abs. 2 GO. die Aufsicht grundsätzlich darauf zu beschränken ist, daß die Selbstverwaltungskörper das Reichs- und Landesrecht beobachten und ihre Aufgaben nicht schuldhaft vernachlässigen.[1]) Im übrigen kann jedoch der praktische Ausbau der auf Grund dieser allgemeinen Formel ausgebauten Staatsaufsicht deswegen nicht als besonders fortschrittlich angesehen werden, weil es abgesehen von der Genehmigung von Ortsgesetzen gemäß § 7 GO. und dem Verfahren bei der Wahl des Bürgermeisters gemäß § 77 GO. an scharf umrissenen Spezialtiteln für die Form des Einschreitens durch die Aufsichtsbehörde fehlt. Das mag daran liegen, daß die grundlegenden Fragen des Kommunalrechts gerade in Sachsen besonders stark der Kritik der verschiedenen politischen Parteien unterworfen waren, sodaß der juristisch-technische Ausbau einzelner Rechtsbehelfe in den Hintergrund trat.[2]) Jedenfalls ist infolgedessen die Schwierigkeit in der Handhabung der Staatsaufsicht von dem Gesetzgeber auf die Praxis der zuständigen Verwaltungsbehörde abgewälzt.

Wenn schon die Regelung des Aufsichtsverhältnisses auf dem Gebiete der Auftragsverwaltung (§ 173 GO.) nach systematischen Gesichtspunkten eigentlich nicht unter den Abschnitt des Gesetzes über die Staatsaufsicht gehört, so ist es nach den vorstehenden Ausführungen auch nicht befremdend, daß die Befugnis der Aufsichtsbehörde rechtswidrige Beschlüsse kommunaler Körperschaften aufzuheben, innerhalb dieses Abschnittes keine Sonderregelung erfahren hat. Die preußische Beanstandung, die durch die Befugnis der Aufsichtsbehörde, das zuständige kommunale Organ zur Beanstandung anzuweisen, den aufsichtsrechtlichen Charakter klar erkennen ließ, ist in Sachsen in erster Linie in die Kommunen selbst hineingetragen.

---

[1]) Streit, S. 46 ff, S. 470.

[2]) Hierzu Zehrfeld in RuPrVBl. 47/174 ff; 186 ff. Troitzsch in RuPrVBl. 49/905. Die Novelle von 1925 war insbesondere auch wegen der formellen Mängel in der Handhabung der Staatsaufsicht notwendig geworden.

Das zuständige Vollzugsorgan (Gemeinderat, Bezirksausschuß) darf gesetzwidrige Beschlüsse der beschließenden Körperschaft (Gemeindeverordnete, Bezirkstag) nicht ausführen, sondern muß innerhalb von zwei Wochen gegen den Beschluß Einspruch einlegen (§ 85, 158 Abs. 1 GO.). Entsprechendes gilt für die Körperschaftsratbeschlüsse des Gemeinderates und die Beschlüsse des Bezirksausschusses gegen die vom Vorsitzenden bzw. Amtshauptmann Einspruch eingelegt werden muß (§§ 95, 158 Abs. 5 GO.).

Inhaltlich sind die Voraussetzungen, unter denen die Ausführung eines Beschlusses unterbleiben muß, die gleichen wie in Preußen. Demnach muß die Ausführung dann unterbleiben, wenn die kommunale Körperschaft durch den Beschluß, ihre Befugnisse, die sich aus den besonderen Zuständigkeitsvorschriften sowie aus der Tatsache der Einordnung der Kommune in den Staat ergeben, überschritten, oder sonst die Gesetze verletzt hat. Allerdings gilt auch in Sachsen ebensowenig wie in Bayern der für das preußische Recht entwickelte Grundsatz, daß solche Beschlüsse, die ihrer Natur nach einer Ausführung nicht fähig sind und keine positive Wirkung äußern können, nicht beanstandet werden können.[3]) Es ist daher auch nicht ausgeschlossen, daß der Gemeinderat gegen Beschlüsse der Gemeindeverordneten aus Rechtsgründen Einspruch einlegt, obwohl der Beschluß noch der Genehmigung der Aufsichtsbehörde zur vollen Wirksamkeit bedarf. Das ist bei solchen Beschlüssen von Bedeutung, die die Schaffung eines Ortsgesetzes zum Inhalt haben und daher gemäß § 70 GO. genehmigt werden müssen. Denn wenn schon die Einschränkung, die für das preußische Recht für die Zulässigkeit der Beanstandung gemacht werden muß, im Sächsischen Recht nicht in Betracht kommen kann, muß die Einlegung des Einspruches aus § 85 GO. deswegen zweckmäßig erscheinen, weil das Verfahren aus § 85 die Kontrolle des Beschlusses durch ein unabhängiges Verwaltungsgericht[4]) ermöglicht, während in dem Verfahren aus § 7 die Gemeindekammer als letzte Instanz zuständig ist. Diese kann aber wegen ihrer Besetzung, die sich aus § 8 der GO. ergibt, als unabhängiges Verwaltungsgericht nicht in Betracht kommen.

Aehnlich ist die Rechtslage bei solchen Beschlüssen der Gemeindeverordneten, die gemäß § 34 Abs. 2 GO. der Zustimmung des Gemeinderates bedürfen. Auch in diesen Fällen wird der Gemeinderat bei rechtswidrigen Beschlüssen gemäß § 85 Abs. 2 Einspruch einlegen und dadurch eine Rechtskontrolle durch Verwaltungsgerichte ermöglichen, weil bei dem Einigungsverfahren aus § 34 Abs. 2 ebenfalls die Gemeindekammer als letzte Instanz zuständig ist. Die Rechtslage entspricht in etwa dem Verhältnis zwischen Magistrat und Stadtverordnetenversammlung im preuß. Recht, wenn ersterer die Zustimmung zu einem Beschluß der letzteren aus Rechtsgründen verweigern will.[5])

Das Verfahren selbst, das ähnlich dem bayrischen Recht beweglich gestaltet ist, spielt sich ganz zwischen den kommunalen Insatn-

[3]) Streit § 85 Erl. 8.

[4]) Das ist gemäß § 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. Juni 1900 (GVBl. S. 486) die Kreishauptmannschaft in der Besetzung des Kreishauptmanns mit 2 Beisitzern (§ 25 des Organisationsgesetzes vom 21. April 1873). GVBl. S. 175. II. Instanz ist gemäß § 62 das Sächs. OVG.

[5]) Seite 37 dieser Arbeit.

zen ab. Der Einspruch, den das zuständige Vollzugsorgan innerhalb zwei Wochen gegen den gesetzwidrigen Beschluß einlegen muß, bedarf wie die Beanstandungsverfügung einer Begründung. Der Einspruch hat aber nicht deren Rechtswirkungen, sondern verpflichtet die beschließende Körperschaft nur, ihren Beschluß nochmals zu überprüfen. Wenn der Beschluß aufrecht erhalten wird, kann das Organ, das den Einspruch eingelegt hat, vor dem Verwaltungsgericht I. Instanz auf Aufhebung des Beschlusses klagen. Damit ist eine Rechtskontrolle gegeben, die bei dem Einschreiten der Aufsichtsbehörde nicht in dieser Form möglich ist.

Wenn auch in erster Linie die Kontrolle über die Rechtmäßigkeit der Beschlüsse den kommunalen Instanzen selbst überlassen ist, so ist doch die Aufsichtsbehörde auch von sich aus auf Grund ihrer allgemein, in dem bereits genannten § 170 Abs. 2 GO. umschriebenen Befugnisse zur Aufhebung oder Nichtigkeitserkärung eines rechtswidrigen Beschlusses berechtigt.[6]) Zwar wird die Aufsichtsinstanz solange von sich aus den Beschluß nicht aufheben, als ein Verfahren aus § 85 GO. noch anhängig ist oder anhängig gemacht werden kann, weil eine Tätigkeit der Staatsaufsichtsinstanzen nur in Betracht kommen kann, wenn der ordentliche Rechtszug versagt[7]) Das kann aber schon dann der Fall sein, wenn die kommunale Instanz die Frist von 2 Wochen zur Einlegung des Einspruchs gegen den rechtswidrigen Beschluß hat verstreichen lassen. Materiell besteht kein Unterschied, ob das ordentliche Verfahren der §§ 85, 158 GO. oder das Aufsichtsverfahren aus § 170 ff. GO. zur Aufhebung des Beschlusses führt. In der Form weichen aber beide Verfahren erheblich von einander ab. Zuständig für die endgültige Aufhebung des Beschlusses ist gemäß § 172 in Verbindung mit § 176 Abs. 5 GO. die Beschlußbehörde, d. h. in der Regel der der Amts- und Kreishauptmannschaft beigegebene Bezirks- und Kreisausschuß. Gegen dessen Entscheidung kann die Gemeindekammer angerufen werden. Es ist also nicht wie bei dem gewöhnlichen Verfahren aus § 85 eine Ueberprüfung der Rechtsgültigkeit des Beschlusses durch ein unabhängiges Verwaltungsgericht gegeben, da die Gemeindekammer ebensowenig wie der Bezirkz- und Kreisausschuß den Verwaltungsgerichten gleichgestellt werden kann.

Obwohl die Selbstverwaltungskörper bei Aufhebung ihrer Beschlüsse durch die Aufsichtsbehörde deren Gültigkeit durch Organe nachgeprüft sehen, die wegen ihrer Besetzung[8]) eine Benachteiligung ihrer Rechtsposition nicht befürchten lassen, muß es als ein erheblicher Mangel angesehen werden, daß es an einer Nachprüfung der Maßnahmen der Aufsichtsbehörde durch ein unabhängiges Verwaltungsgericht fehlt, zumal gerade die Frage der Aufhebung eines Beschlusses wegen Rechtswidrigkeit typische Grundlage für eine richterliche Entscheidung bilden kann. Noch unbefriedigender wird der Rechtszustand, wenn man bedenkt,

---

[6]) Streit Erl. 3 zu § 172.

[7]) Streit Erl. 13 u. 41 zu § 172.

[8]) Der Bezirksausschuß besteht gemäß § 13 Org. Ges. aus dem Amtshauptmann und mindestens 8 Mitgliedern, die von der Bezirksversammlung frei gewählt werden. Der Kreisausschuß setzt sich gemäß § 29 des Organisationsgesetzes außer dem Kreishauptmann aus Abgeordneten zusammen, die von den Bezirksverbänden und den freien Gemeinden gewählt werden.

daß dieser Rechtsweg nur dann ausgeschlossen ist, wenn die kommunale Instanz keinen Einspruch gemäß § 85 GO. eingelegt hat und erst dadurch ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde erforderlich gemacht hat, sodaß es vom Zufall abhängig ist, ob eine Rechtskontrolle gegeben ist oder nicht.

3. Württemberg.

Für die Gewinnung allgemeiner Gesichtspunkte für die Voraussetzungen und die Form des Einschreitens der Aufsichtsbehörde bei rechtswidrigen Beschlüssen kommunaler Körperschaften ist in Württemberg insbesondere die Regelung der Beanstandung in der neuen Gemeindeverordnung vom 19. März 1930 von Bedeutung.

Während in Sachsen die politischen Kämpfe der Parteien die Gestaltung der Gemeindeordnung wesentlich beeinflußten, ermöglichte die ruhige Entwicklung in Württemberg dem Gesetzgeber, dem systematischen Ausbau der Kommunalgesetze wesentlich mehr Aufmerksamkeit zu schenken. Die neue GO. diente daher gegenüber der Gemeinde-O. vom 28. Juni 1926 auch nicht der Einführung grundlegender Aenderungen, sondern wollte nur die Fülle der einzelnen Gesetze, die die Nachkriegsgesetzgebung auch für die Gemeinden gebracht hatte, möglichst weitgehend vereinheitlichen.[1])

Die GO. beschränkt die Aufsichtsbefugnis des Staates, modernen Auffassungen entsprechend grundsätzlich auf eine Rechtskontrolle (Art. 214 ff. GO.). Innerhalb des Rahmens der Aufsichtsbefugnisse ist das Recht der Aufsichtsbehörde, gesetzwidrige Beschlüsse oder Anordnungen der Gemeindebehörden, d. h. solche, durch die die Gemeinden die ihnen gesetzlich zustehenden Befugnisse überschreiten, (Art. 214 Abs. 1 Ziff. 1 GO.), aufzuheben, besonders hervorgehoben. Im Gegensatz zum sächsischen Recht liegt also hier die Rechtskontrolle wieder ähnlich dem für Bayern dargestellten Rechtszustand in Händen der Aufsichtsbehörde. In der GO. ist aber nicht wie in Art. 17 der Bay. GO. die Verpflichtung des kommunalen Vollzugsorgans, einen gesetzwidrigen Beschluß des Gemeinderates zu beanstanden und der Aufsichtsbehörde entsprechend zu berichten, besonders zum Ausdruck gekommen. Zwar ist gemäß § 99 GO. der Ortsvorsteher verpflichtet, nur die gesetzlichen Beschlüsse zu vollziehen, sodaß er ungesetzliche Beschlüsse schon wegen seiner Stellung als Beamter nicht ausführen darf,[2]) aber eine Verpflichtung, an die Aufsichtsbehörde zu berichten und dieser die weitere Entschließung zu überlassen, läßt sich nicht unmittelbar aus der Amtspflicht des Ortsvorstehers ableiten und wäre zweckmäßiger durch das Gesetz zum Ausdruck gebracht worden.

Inhaltlich ist der Kreis der Beschlüsse, die die Aufsichtsbehörde aufheebn kann,[3]) der gleiche wie in Bayern u. Sachsen, insbesondere kommen die besonderen Einschränkungen, die das preußische OVG. für die Beansandtung gemacht hat, für Württemberg nicht in Betracht. Aus der Verweisung in Art. 215 GO. auf Art.

[1]) Eberhardt, S. 3.

[2]) Eberhardt Art. 99 Erl. 2.

[3]) Im Gegensatz zum früheren Recht besteht keine unmittelbare Verpflichtung der Aufsichtsbehörde zu einem Einschreiten. Hierzu Küchle Art. 215. GO.

214 I Ziff. 1 GO. wonach die Staatsaufsicht sich darauf beschränkt, daß die Gemeinden die ihnen gesetzlich zustehenden Befugnisse nicht überschreiten, ergibt sich wiederum, daß die Kontrolle öffentlich rechtlicher Natur ist und daher nicht bei rein privatrechtlichen Entscheidungen der kommunalen Instanzen in Betracht kommen kann, soweit nicht durch diese die öffentliche Pflichtstellung der Kommune beeinflußt wird.

Das Verfahren ist wiederum nicht starr und unbeweglich gestaltet. Die Aufsichtsbehörde kann einen Beschluß erst dann aufheben, wenn der Gemeinderat eine Frist zu dessen Aufhebung fruchtlos hat verstreichen lassen. Gegen die Aufhebung kann der Gemeinderat nach Beschwerde an die nächsthöhere Aufsichtsbehörde Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof einlegen (Art. 224 Abs. 1 u. Abs. 3 Ziff. 4). Die Entscheidung kann nur in einer Zurückweisung der Rechtsbeschwerde oder einer Aufhebung der Entscheidung der Aufsichtsbehörde bestehen. Letztere kann in dringenden Fällen vorläufige Anordnungen treffen, insbesondere den Vollzug des Beschlusses untersagen.

Lebenslauf.

Geboren bin ich, Arthur Hermann Müller, am 28. Juli 1908 zu Bocholt i. W. als Sohn des verstorbenen Gewerberates Karl Rudolf Müller. Ich bin katholischer Konfession und besitze die preußische Staatsangehörigkeit.

Nach dem Besuch der Volksschule zu Bocholt von Ostern 1914 — 1918 war ich vom letztgenannten Zeitpunkt bis Ostern 1927 Schüler der humanistischen Abteilung des Gymnasiums und Realgymnasiums zu Bocholt. Am 15. März 1927 bestand ich die Reifeprüfung mit Auszeichnung. Da ich zunächst beabsichtigt hatte, Vermessungsfach zu studieren, war ich im Sommer 1927 bei dem Katasteramt in Bocholt zur Ausbildung beschäftigt. Vom W. S. 1927/28 ab studierte ich Rechtswissenschaften und zwar im W. S. 1927/28 sowie im S. S. 28 an der Universität Berlin. Im W. S. 28/29 studierte ich in Münster, während ich im S. S. 1929 und W. S. 29/30 wieder bei der Universität Berlin eingeschrieben war. Im S. S. 1930 kehrte ich nach Münster zurück und bestand am 12. Dezember 1930 vor der Prüfungskommission bei dem Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Prüfung mit dem Prädikate „gut". Seit dem 12. Januar 1931 bin ich im Ausbildungsdienst und zwar zur Zeit am Amtsgericht in Bocholt beschäftigt. Die mündliche Doktorprüfung habe ich am 23. Juni 1933 mit dem Prädikate magna cum laude abgelegt.